

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o 29.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA VENDITIO BONORUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA SITUATION DE L'INCULPÉ PENDANT L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

EN DROIT CRIMINEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PAUL COLLIN

« Quand l'innocence des citoyens n'est pas
« assurée, la liberté ne l'est pas non plus. »
(MONTESQUIEU, *Esp. des Loix*, liv. XII, ch. II).

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA VENDITIO BONORUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA SITUATION DE L'INCUPLÉ
PENDANT L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

EN DROIT CRIMINEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 24 mai 1883, à 1 heure et demie

PAR

PAUL COLLIN

Président : M. LEVEILLÉ, Professeur

SUFFRAGANTS

{	MM. COLMET DE SANTERRE	}	PROFESSEURS.
	GÉRARDIN		
	LAINÉ	}	AGRÉGÉS
	RIPERT		



« Quand l'innocence des citoyens n'est pas
« assurée, la liberté ne l'est pas non plus. »
(MONTESQUIEU, *Esp. des Loix*, liv. XII, ch. II).

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883

DROIT ROMAIN



DE LA VENDITIO BONORUM



PRÉLIMINAIRES

La *venditio bonorum* est la vente en masse des biens du débiteur. C'est le préteur (1) Publius Rutilius qui l'introduisit, mais il est difficile de préciser très exactement à quelle date, car l'histoire nous apprend qu'il y eût deux magistrats de ce nom, l'un à la fin (2) du sixième siècle, l'autre (3) au milieu du septième.

Ce qui est certain, c'est que cette voie d'exécution était en pleine vigueur au temps de Cicéron (4), et qu'à l'époque de Justinien (5), elle n'existait plus. Sa création, à peu près contemporaine de celle du sys-

(1) Gaius, Inst. IV, § 35.

(2) Pub. Rutilius, Calvus (Tite-Live, XLV, 44) dont la préture remonte à l'an 586.

(3) Publius Rutilius, consul en 649 (Cicéron, *pro Plancio*, 21, *De oratore*, II, 69. *Brutus*, 22 et 30).

(4) Plaidoirie *pro Quintio* prononcée en 672.

(5) Inst., liv. III, tit. XII.

tème formulaire, est due à la jurisprudence prétorienne.

« En cela toutefois, comme dans les autres matières du droit, le préteur a plutôt imité, étendu, modifié d'anciennes institutions, qu'imaginé des moyens tout nouveaux. Le vieux droit civil doit donc être le point de départ de nos recherches; car il nous offrira au moins les germes de la procédure, qui se développera plus tard » (1).

Les mesures de contrainte, primitivement employées contre les débiteurs, et qui sont loin d'avoir toutes la même importance, sont au nombre de quatre : le *nexum*, la *manus injectio*, la *pignoris capio*, la *bonorum sectio*.

1° Le *nexum*.

C'est un contrat par lequel l'homme libre, débiteur d'une somme d'argent, s'engage à travailler comme esclave pour le compte de son créancier, jusqu'au plein acquittement de son obligation (2).

L'application de ce contrat particulièrement solennel, réservée tout d'abord aux prêts d'argent, devint générale et s'étendit aux translations de propriété et à toutes les obligations. Le *nexum* fut la forme antique du contrat chez les Romains : son effet direct était de

(1) J. Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens du débiteur*, chap. I, page 1.

(2) Varron, *De lingu. latin.*, VII, 105.

donner au créancier, à défaut de paiement à l'échéance, le droit de s'emparer du débiteur, de le retenir en prison, de le réduire à une sorte d'esclavage.

Il y avait là une véritable contrainte par corps.

Le redoutable pouvoir dont étaient armés les créanciers, engendra de déplorables abus dans une société où les divisions d'intérêts se compliquaient de haines politiques. Les rigueurs dont ils usèrent furent telles qu'en l'année 428 une loi Pétilia, rendue à l'occasion d'un fait odieux qui souleva la colère publique, donna satisfaction aux réclamations du peuple; et par l'abolition du droit contre les *nexi*, fût, selon le mot de Tite-Live, comme une renaissance de la liberté pour les plébéiens (1).

La loi libéra tous les *nexi* et défendit qu'à l'avenir on engageât sa personne, en sûreté d'une obligation contractuelle.

2° La *manus injectio*.

Cette action de la loi nous apparaît comme un procédé grossier d'exécution des jugements (2).

Dans le *nexum* le créancier tient ses droits sur le débiteur, de la convention qui est intervenue entre eux; ici, du jugement qu'il fait rendre contre lui.

Le *nexum* porte en lui-même sa force exécutoire. Tout autre titre en est dépourvu, et le créancier doit

(1) Tite-Live, VIII, 28.

(2) Gaius, IV, § 21 et suiv.

d'abord demander à la justice, avec la reconnaissance de ses droits, une condamnation contre le débiteur.

S'agit-il d'une condamnation en nature, prononcée dans une action réelle? la sentence s'exécute à l'aide de la force publique par un simple déplacement matériel de la chose. S'agit-il d'une condamnation pécuniaire, ou d'un aveu de sa dette fait par le débiteur, *in iure*, et portant sur une somme d'argent déterminée? le juge donne au *judicatus* un délai de trente jours à compter de la condamnation ou de l'aveu pour chercher et trouver le moyen de se libérer.

Si le débiteur s'acquitte, tout est terminé. Mais si ce délai écoulé, la dette n'a pas été payée, alors commencent les formalités de la *manus injectio*. Le créancier appelle *in jus* le débiteur et lui adresse les paroles sacramentelles que Gaius nous rapporte : « Quod tu mihi judicatus es sestertium decem millia, quæ dolo malo non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium decem millia judicati manum injicio. » Et en même temps le créancier met la main sur le débiteur, comme pour exprimer la dépendance dans laquelle il va désormais le tenir.

Que répond le débiteur? Il peut contester l'exactitude ou la validité du jugement, et produire un *vindex*, c'est-à-dire un tiers qui fait le procès sien, et plaide en son propre nom à ses risques et périls, comme si la dette le concernait lui-même. Mais si le *judicatus* n'é-

lève aucune difficulté, ou ne produit pas de *vindex*, le magistrat rend un décret conforme aux conclusions du créancier, et lui attribue (*addicit*) le débiteur. Le créancier emmène chez lui son débiteur et l'y tient en prison, où, sous le nom d'*addictus*, il est traité en esclave.

Pendant soixante jours, la situation ne change pas. Le débiteur conserve le droit de payer sa dette et de recouvrer ainsi sa liberté. Ce n'est pas le cas le plus fréquent, et ordinairement le débiteur arrive au bout de cette période sans avoir pu éteindre la créance. Dès lors, le créancier a le droit de vendre l'*addictus* à l'étranger, comme esclave. Il peut même le tuer et se partager avec les autres créanciers, s'il y en a, les morceaux du cadavre. La seule restriction que la loi apporte à cette faculté est l'obligation qu'elle impose au créancier d'amener le prisonnier sur la place des comices, à trois jours de marché consécutifs, pour que le montant de la condamnation soit proclamé à haute voix, et que les amis, ainsi avertis, puissent en payant la dette, arracher le malheureux à la mort qui l'attend.

La loi Pétilia améliora le sort des *addicti* ; mais elle ne fit point disparaître l'*addictio judicati*. Celle-ci survécut aux actions de la loi, traversa toute la période du système formulaire, et se retrouve sous Justinien (1),

(1) Code, L. 2, *De priv. carcere*.

singulièrement transformée toutefois, et de moins en moins pratiquée.

De l'exécution, qui prend sa source dans le *nexum*, comme de celle qui se produit sous forme de *manus injectio*, l'idée fondamentale est que la contrainte qu'elles engendrent est directement personnelle. Nous n'avons pas à rechercher si l'idée de poursuivre sur les biens du débiteur le paiement de ce qu'il doit est restée étrangère à la législation romaine pendant tout le temps qui précéda l'avènement de la *bonorum venditio*. Il est hors de doute que les droits conférés au créancier sur la personne du débiteur, devaient amener celui-ci à s'acquitter de bonne grâce toutes les fois qu'il le pouvait.

Dans ces limites, la *manus injectio* et le *nexum*, en armant le créancier de moyens d'action très énergiques, aboutissaient presque forcément, mais par une voie détournée, au but qu'il s'agissait d'atteindre : l'extinction de la dette par le paiement. « Veut-on maintenant, dit M. Accarias (1), se rendre compte du motif qui fit admettre la *manus injectio* ? Sans nul doute, il faut y voir un abus de cette idée, que nul ne peut être forcé à vouloir et à faire. Le condamné refuse de payer ; on ne l'y contraindra pas ; il gardera donc ses biens, mais on s'emparera de sa personne. Singulière logique, qui sous prétexte de respecter la volonté de

(1) *Précis de droit romain*, t. II, page 822.

l'homme, ne respecte ni sa vie ni sa liberté, et finalement lui enlève ou la volonté elle-même, ou l'exercice légal de la volonté. Au surplus, ne nous arrêtons point aux apparences : sans doute, la condamnation ne s'exécute pas immédiatement sur les biens du débiteur : la preuve qu'elle ne le dépouille pas tout de suite, c'est que dans la prison où le créancier le tient, la loi l'autorise à vivre *de suo* ; mais qu'il soit vendu ou tué, son patrimoine à coup sûr lui échappera, et que deviendra-t-il ? Evidemment la propriété, ou si l'on veut, le gage des créanciers qui, de deux choses l'une, ou se le partageront, ou le vendront. En résumé donc la *manus injectio* aboutit au résultat que toute bonne législation doit poursuivre : elle met les biens du condamné sous la main des créanciers, mais ce n'est qu'au prix d'une inutile et criante injustice, c'est en lui ôtant ou l'existence réelle ou l'existence légale. »

3° La *pignoris capio*.

A la différence des deux précédentes, c'est une procédure d'exécution directe sur les biens. Elle consiste dans la prise de possession de certains biens du débiteur, effectuée par le créancier lui-même, sans intervention du magistrat, mais avec accompagnement de paroles solennelles.

La *pignoris capio* ne s'applique que dans un très petit nombre de cas où il s'agit toujours de créances, au recouvrement desquelles l'Etat ou la religion sont intéressés.

Par exemple, si une victime avait été achetée et que le prix n'en fût point payé — si en vue de subvenir aux frais d'un sacrifice on louait une bête de somme, et que le loyer n'en fût pas acquitté, la loi donne la *pignoris capio* pour assurer le paiement rapide de ces créances (Gaius, Com. IV, § 26 à 29).

On l'admettait encore pour l'*æs militare*, l'*æs equestre*, l'*æs hordearium*. Par *æs militare*, on entend la solde due au militaire. Celui-ci pouvait employer la *pignoris capio* contre le tribun du Trésor par qui la solde était payée (1). Par *æs equestre* et *æs hordearium*, on désigne (2) les sommes dues aux *equites*, les unes pour l'achat d'un cheval, les autres pour sa nourriture. Elles étaient à la charge des veuves.

Enfin, dans le but de faciliter la marche des services publics, une loi Censoria donnait la *pignoris capio* aux publicains, pour le recouvrement des impôts qui leur étaient afferchés (3).

On le voit, c'était un procédé d'exécution tout à fait extraordinaire et réservé à certaines créances d'une nature spéciale.

4° La *bonorum sectio*.

La *bonorum sectio* n'appartient qu'à l'Etat. Elle comprend le plus souvent un ensemble de biens (4), c'est la masse entière d'un patrimoine qui est vendue.

(1) Aulu-Gelle, VII, 10.

(2) Festus, Vis *Equestre et hordearium*.

(3) Cicéron, *Ad Cuius frat.*, I, 1.

(4) Tite-Live, XXXVIII, 60; Cic., *pro Rabirio Postumo*, C. 4.

L'Etat, créancier d'un individu condamné à une amende, et en général de toute personne frappée d'une peine pécuniaire par un *judicium publicum*, pouvait recourir à la *bonorum sectio*, quand le débiteur n'acquittait pas volontairement sa dette. On vendait aussi de cette façon les biens des proscrits et de ceux qui avaient été tués dans les rangs ennemis.

Les questeurs (1) du Trésor étaient envoyés en possession des biens. Des affiches étaient apposées annonçant la vente (*proscriptiones*). Enfin la vente se faisait à l'encan, par le ministère du crieur public (2) et en présence d'une pique ou *hasta*, symbole de la propriété romaine. Telles étaient les formalités essentielles de la procédure.

Les acquéreurs se nommaient *bonorum sectores*. Ils s'engageaient à payer une somme d'argent, comme prix de leur acquisition.

Quant aux effets de la *sectio bonorum*, ils étaient plus absolus que ceux d'une vente ordinaire, parce que c'était le fisc qui vendait. Les *bonorum sectores* devenaient de suite propriétaires *ex jure Quiritium* des choses corporelles qu'ils avaient achetées (3). La propriété se transférait sans qu'il y eût besoin de tradi-

(1) Tite-Live, *loc. cit.*

(2) LL. 1, 5, 6, C. *De fid. et jur. hast.*, X, 3. — Cic., *Philip.*, II, C. 26.

(3) L. 3, Cod. *De fid. et jur. hast.*

tion ou d'autre solennité : il suffisait que le prix eût été payé. Le transport sur leur tête des obligations et des créances que comprenait le patrimoine avant de tomber dans le domaine de l'Etat s'effectuait (1) également de plein droit. Enfin les *bonorum sectores* avaient pour se faire mettre en possession un interdit appelé *sectorium* (2).

Mais le résultat caractéristique de la *bonorum sectio*, toutes les fois qu'elle avait pour objet un patrimoine entier, était de mettre l'acquéreur *loco heredis*, sans en faire précisément un héritier. Dans cette hypothèse, et c'était peut-être là son seul cas d'application, la *bonorum sectio* constituait un mode d'acquisition *per universitatem*.

Le préteur trouva dans ces diverses institutions les éléments principaux de la *bonorum venditio*. Dans la *manus injectio* c'est la personne physique du débiteur qui est frappée ; dans la *venditio bonorum* c'est sa personnalité juridique, l'ensemble de ses droits et de ses obligations, que l'on met en vente. A la *manus injectio* la jurisprudence emprunte les délais et les phases de la nouvelle procédure, à la *bonorum sectio* son trait dominant, qui érige l'acquéreur en successeur universel, mais avec de nombreuses et graves différences dans les effets de la vente.

(1) L. 41, *De jur. fisc.*, XLIX, 14.

(2) Gaius, IV, 146.

La *bonorum venditio* comprend deux périodes bien tranchées : l'envoi en possession, *missio in possessionem bonorum* et la vente.

CHAPITRE PREMIER

MISSIO IN BONA

SECTION PREMIÈRE

DANS QUELS CAS ELLE A LIEU

Ulpien nous dit dans quels cas la *missio in bona* peut être donnée : « Tres fere sunt causæ ex quibus in possessionem mitti solet : rei servandæ causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine » (L. 1, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4).

Les deux derniers font partie du droit successoral.

Nous n'avons à parler ici que du premier. Autorisée *rei servandæ causa*, la *missio in possessionem* portait toujours sur l'ensemble d'un patrimoine. Elle aboutissait ordinairement à une vente générale des biens, mais dans quelques hypothèses il n'en était pas ainsi et alors elle se trouvait être une mesure purement conservatoire, prise par les créanciers.

La *missio in possessionem rei servandæ causa* était accordée :

1° Lorsque le débiteur, *judicatus* ou *confessus*, refusait de s'exécuter dans le délai fixé par la loi.

2° Lorsqu'il faisait cession de biens.

Jusqu'ici, la *missio* a lieu *ex causa judicati* : il s'agit d'assurer l'exécution d'une sentence judiciaire ou de donner une sanction à un aveu particulièrement solennel fait de sa dette par le débiteur.

3° Lorsque le débiteur se dérobe aux poursuites de ses créanciers par des agissements frauduleux.

4° Lorsque le débiteur est *indefensus* par suite d'une absence exempte de toute mauvaise foi, ou à raison de son incapacité personnelle.

5° Lorsqu'il y a insuffisance de la représentation de la personne du débiteur décédé.

6° Enfin quand l'*indefensio* était produite par une *capitis minutio* du débiteur.

Dans ces divers cas la *missio in possessionem* est une mesure prise contre le défaut de défense suffisante en justice. C'était indispensable dans un pays où le procès n'était possible et ne suivait son cours régulier et normal que moyennant la présence effective du défendeur devant le magistrat à un certain moment de la procédure. Il fallait trouver le moyen de sauvegarder les droits du créancier, quand l'action judiciaire était entravée par l'absence du débiteur.

La *missio in possessionem*, quel que soit le titre qui la fonde, une fois accordée, produit toujours les mêmes effets et présente les mêmes caractères, si nous la considérons indépendamment de la *bonorum venditio*. Mais il y a intérêt, nous le verrons, à distinguer entre ses divers cas d'application, tant au point de vue des

personnes qui peuvent la demander, que des conditions mises à sa délivrance et des issues qu'elle comporte.

Premier cas. — Le débiteur *judicatus* ou *confessus* ne s'exécute pas dans le délai fixé par la loi.

« Bona autem veneunt iudicatorum post tempus quod eis, partim lege XII tabularum, partim edicto prætoris, ad expediendam pecuniam tribuitur. » (Gaius, III, 78).

Ce fut là probablement le premier emploi fait par le préteur de la *bonorum venditio*. L'Etat se servait d'un procédé tout à fait semblable, la *bonorum sectio*, vis-à-vis de ceux qui avaient été frappés d'une peine pécuniaire par un *judicium publicum* ; le préteur l'étendit aux jugements rendus en faveur d'un créancier ordinaire, simple particulier, contre un débiteur récalcitrant ou insolvable, et la règle *confessus in jure pro judicato habetur*, dans les limites où elle est exacte, commanda d'user du même traitement à l'égard de celui qui avait avoué sa dette *in jure*.

La loi des Douze Tables donnait au *judicatus*, comme au *confessus*, un délai de trente jours pour trouver le moyen de s'acquitter. Ce délai, nommé *legitimum judicati tempus*, dont il fallait attendre l'expiration pour demander et obtenir l'envoi en possession, fut porté d'abord à deux mois par le préteur, et ensuite à quatre (1) par Justinien.

(1) LL. 2 et 3, § 1, Cod., VII, 54.

En pratique, la *bonorum venditio* fut peu usitée dans cette hypothèse, parce que, la plupart du temps, des arrangements intervenaient entre les deux parties, et le débiteur faisait cession de biens.

Deuxième cas. — Le débiteur a fait cession de biens.

« Bona veneunt eorum qui, ex lege Julia, bonis cedunt » (Gaius, III, 78).

La cession de biens fut établie, ou tout au moins généralisée, par l'une des deux lois *Julix judiciarix*, qui appartiennent au commencement du huitième siècle de Rome.

Le débiteur qui a été condamné ou qui a fait en justice l'aveu de sa dette peut y recourir (1). Mais sous la réserve de plusieurs conditions, il faut : 1° qu'il ait réellement des biens (2) : 2° que l'abandon qu'il en fait porte sur l'ensemble de son patrimoine, puisque cette procédure doit aboutir à une vente en masse.

La cession de biens est toujours faite *in rem*, c'est-à-dire qu'elle ne profite pas seulement au créancier dont le débiteur a reconnu les prétentions, ou à celui qui est muni d'un jugement, mais qu'elle est réputée faite en faveur de tous les créanciers de ce débiteur : « Sabinus et Cassius eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari » (L. 4, § 1, *De cess. bon.*).

(1) L. 8, *De cess. bon.*, XLII, 3.

(2) L. 7, Cod. *Qui bon. ced. poss.*

Les créanciers trouvent dans cette détermination du débiteur le droit de faire vendre les biens, mais il est permis de croire qu'ils devaient auparavant obtenir un envoi en possession. (Gaius, III, 79).

La *cessio bonorum* est, avant tout, une faveur pour le débiteur. C'est grâce à elle qu'il peut échapper à la contrainte (1) par corps; à l'infamie (2), dégradation attachée, dans tous les autres cas, à une *venditio bonorum*. Elle lui donne encore d'autres privilèges, qui seront indiqués plus loin.

Aussi l'on se demande si la *bonorum cessio*, ressource suprême des débiteurs, ne devait pas être réservée uniquement à ceux qui, malheureux et de bonne foi, étaient vraiment dignes de pitié. En raison cela s'expliquerait par cette idée qu'une faveur ne doit être attribuée qu'à ceux qui la méritent; quant aux textes, la décision suivante paraît encourager cette manière de voir : « Ne quis omnino fisci debitor, vel alienæ rei in auro atque in argento, diversisque mobilibus retentator ac debitor faciens cessionem, liberum a repetitione plenissimâ nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitæ quantitatis, congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate, cogatur. Nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniis adrogatam, aut naufragiis incendioque conflata vel quolibet

(1) L. 1, Cod., *ibid.*

(2) L. 11, Cod., *ibid.*

majoris impetus infortunio atque dispendio, docuerit efflictum. » (Cons. 1, *Cod. Theod. qui ex leg. Jul. bon. ced.*).

Troisième cas. — Le débiteur se dérobe aux poursuites de ses créanciers par des agissements frauduleux.

La présence effective du défendeur était nécessaire pour que l'instance pût s'engager, le débat contradictoire suivre son cours, et, généralement, à tous les incidents de la procédure antérieurs à la *litis contestatio*. L'envoi en possession était destiné à vaincre toute résistance de sa part; c'était, en effet, un moyen bien plus sûr, bien plus efficace que la contrainte par corps, à laquelle le défendeur pouvait se soustraire, soit en s'absentant volontairement, soit en se cachant dans sa maison, asile inviolable. Cette impuissance à l'atteindre dut, de bonne heure, provoquer en cette matière l'application de la *venditio bonorum*.

Quand le débiteur ne s'offrait pas lui-même à l'action du créancier, ou quand personne ne se présentait pour plaider à sa place en remplissant les conditions voulues par la loi, il était réputé *indefensus*.

Cette *indefensio* se présente sous plusieurs aspects; le défendeur s'est enfui ou se cache pour échapper à l'*in jus vocatio*: « *latitat, fraudationis causa.* » Il lui suffisait, pour cela, de se renfermer dans son domicile particulier, ou de s'éloigner afin d'éviter la rencontre de ceux qui voulaient l'appeler *in jus*.

Au défendeur *latitans* nous devons assimiler :

Celui qui, appelé *in jus*, refuse de suivre son adversaire ou de lui donner la caution *in jure sistendi*, car il n'y a pas moins de dol à résister qu'à se dérober.

Celui qui ne comparaît pas après avoir, soit *in jure*, soit *extra jus*, fourni la caution *in jure sistendi*. C'est une *desertio vadimonii*, équivalente à la *latitio*, car il n'y a de défense valable que celle qui persévère jusqu'à la fin de l'instance.

Celui qui, ayant comparu *in jure*, ne veut point accepter la formule : « Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere aut non vult suscipere actionem. » (L. 52, D., L., 17; *Lex Rubr.*, c. 22.)

Celui qui ne se présente point, parce qu'il est actuellement en exil. Son *indefensio* est en quelque sorte la conséquence du crime qui l'a fait condamner. (L. 13, *Quib. ex caus.*, D.; Cicéron, *Pro Quintio*, 19, 28.)

Le préteur, en donnant la *missio in possessionem* dans chacune de ces espèces, punit la malignité, la mauvaise foi du débiteur, et protège les intérêts du créancier.

Quatrième cas. — Le débiteur est *indefensus* par suite d'une absence exempte de tout dol, ou à raison de son incapacité personnelle.

L'opposition entre le débiteur, qui se cache avec l'intention frauduleuse de paralyser l'action des créanciers, et celui dont l'absence est involontaire ou excu-

sable, apparaît clairement dans les textes : « Latitare est non, ut definit Cicero, turpis occultatio sui ; potest enim quis latitare non turpi de causa, veluti qui tyranni crudelitatem timet, aut vim hostium, aut domesticas seditiones. Sed is, qui fraudationis causa latitet, non tamen propter creditores, etsi hæc latitatio creditores fraudet, in ea tamen erit causa, ne hinc possidere bona ejus possint : quia non hoc animo latitet, ut fraudentur creditores : animus enim latitantis quæritur, quo animo latitet : ut fraudet creditores, an alia ex causa. » (L. 7, § 4 et 5, Dig. XLII, 4).

Le préteur donne ici la *missio in possessionem*, contre un débiteur qui n'est pas coupable de mauvaise foi, mais dont en définitive l'*indefensio* pourrait porter préjudice aux créanciers. C'est au même titre qu'il la donne s'il s'agit d'un incapable *indefensus*.

Par exemple des créanciers, en vertu d'un contrat fait avec le pupille, dûment autorisé, le poursuivent en justice. Le pupille n a pas de tuteur (L. 10, Dig. XLII, 4), ou bien son tuteur ne le défend pas (*Sent.-Paul*, V, 5 B., § 1), il est « indefensus » pro absente habendus est. » Les créanciers seront envoyés en possession de ses biens, mais le préteur ne doit prendre cette mesure qu'après avoir appelé d'abord le tuteur, puis les parents de l'incapable, tous ceux enfin qu'un lien quelconque unit assez étroitement à lui, pour qu'ils soient tentés de le défendre (L. 5, pr. et § 1, D. XLII, IV).

Même solution pour le fou, le prodigue, le mineur

de 25 ans ; « Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores, a curatoribus non defendatur, nec alium defensorem inveniatur : bonorum venditionem patitur etsi non latitet : licet non fraudationis causa latitare videatur, qui sui non est idoneus defensor. » (L. 5, Dig. XLII, 5).

Cinquième cas. — Insuffisance de représentation de la personne du débiteur décédé.

« Mortuorum bona veneunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere. » (Gaius, C. III, § 78).

En thèse générale les actions, qui existent contre un débiteur, lui survivent et s'exercent contre ses héritiers comme elles se seraient exercées contre lui.

Mais quand il n'existe aucun héritier, quand le fisc lui-même abandonne la succession, les créanciers se trouvent uniquement en face du patrimoine du défunt et rien n'est plus juste que de les envoyer en possession de ces biens.

Cette *missio in bona* est donnée :

1° Quand la succession est en déshérence. Il n'est pas besoin que la déshérence ne soit pas douteuse, il suffit d'une incertitude trop prolongée sur le point de savoir si la succession sera recueillie. Le magistrat apprécie les circonstances, et d'après cette étude, accorde ou non l'envoi.

2° Quand il y a abstention d'un héritier sien (L. 6, pr. D. XLII, 5).

3° Quand l'héritier institué sous une condition encore pendante déclare que, quoi qu'il arrive, il ne fera pas adition (L. 1, Dig. XLII, 6).

4° Enfin lorsque, la succession ayant été acceptée, l'héritier est suspect et refuse de donner caution, bien que le prêteur lui ait ordonné de fournir cette garantie aux créanciers (L. 31, § 3, D. XLII, 5).

Sixième cas. — *Capitis minutio* du débiteur. C'est encore Gaius, (Com. III, § 84), qui nous révèle cet usage de la *missio in possessionem*.

Si une personne, nous dit-il, se donne en adoption ou se soumet à la main « *quæ convenit in manum*, » les obligations, qui pesaient sur elle, s'éteignent par suite de la *capitis minutio* que produit ce changement de famille. D'autre part, le père adoptif ou le coemptionateur ne sont pas obligés. Les créanciers se trouvent donc sans débiteur et sans gage. Dans ces conditions, le prêteur vient à leur secours. Il leur donne contre le *capite minutus* une action utile : s'il n'est pas défendu à cette action par le père adoptif ou le coemptionateur les créanciers pourront être envoyés en possession de ces biens, qui auraient été personnellement à leur débiteur s'il ne s'était pas soumis au droit d'autrui.

Justinien donne une solution identique pour le cas d'adrogation (Ist. liv. III, tit. X).

SECTION II

COMMENT S'OBTIENT LA MISSIO IN POSSESSIONEM

Nous avons à rechercher : 1° Quels sont les magistrats qui peuvent l'accorder ; 2° le magistrat connu, quelles sont les règles qui déterminent sa compétence ; 3° quelle est la portée du décret qu'il rend ; 4° à quelle date la *missio in possessionem* peut être accordée.

I. Le droit d'accorder l'envoi en possession rentre plutôt dans l'*imperium mixtum* que dans la *jurisdictio*. Il constitue en effet une mesure de protection et de coercition : « In possessionem mittere magis est imperii quam jurisdictionis. Mixtum imperium est quod in danda possessione bonorum consistit. » (L. 3 et 4, Dig., liv. II, tit. I).

A ce titre ce droit appartient au magistrat supérieur. A Rome, c'est le préteur qui en est investi, tant que dure la République. En Italie les magistrats municipaux le possédaient, mais probablement en vertu de la délégation qui leur en était faite (L. 26, pr. et § 1^{er}, D. L., tit. I ; L. 4, § 1^{er}, D. I, 21). Dans les provinces, ce sont les gouverneurs envoyés par le Sénat, sous le nom de proconsuls ou propréteurs.

Avec l'Empire, le pouvoir des préteurs passe aux préfets ; en Italie, les magistrats supérieurs sont quatre *consulares* institués par Adrien ; dans les provinces, des gouverneurs, dont la nomination émane soit du Sénat, soit de l'empereur.

Enfin les empereurs chrétiens attribuent la magistrature supérieure aux préfets de la ville à Rome comme à Constantinople et pour le reste de l'Etat à quatre préfets du prétoire, assistés de *vicarii*.

Les justiciables, dans une semblable organisation, paraissent devoir souffrir de la rareté et de l'éloignement des magistrats. Il n'en est rien cependant, car la loi permet de déléguer toutes les attributions dont se compose l'*imperium mixtum*, à des fonctionnaires locaux et la pratique usa largement de cette faculté.

II. Le créancier demandera l'envoi en possession au magistrat devant lequel il peut intenter l'action et poursuivre le débiteur (1). Nous n'avons pas à rappeler ici ces règles ; il nous suffira de mentionner qu'en principe le magistrat compétent est celui du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei*.

S'il s'agit de l'exécution d'une sentence judiciaire, le créancier muni du jugement sollicitera l'envoi en possession du magistrat qui a délivré la formule et institué le juge (2).

Avec la procédure extraordinaire, c'est au magistrat qui a connu de l'affaire au fond qu'il faut s'adresser, si toutefois l'exécution rentre dans ses pouvoirs ; sinon c'est au magistrat supérieur, sous les ordres duquel il se trouve placé.

(1) LL. 1, 2, 3, Dig., XLII, 5.

(2) L. 15, Dig., XLII, 1.

III. Le magistrat connu, sa compétence déterminée, quelle sera la portée du décret par lequel il autorise la *missio in possessionem*? Ses effets seront-ils restreints aux biens situés dans la circonscription territoriale, qui relève du fonctionnaire qui l'a rendu, ou bien s'étendront-ils, franchissant ces limites, à l'ensemble du patrimoine, en quelque lieu que soient situés les biens?

Pothier et les commentateurs du Digeste, qui l'ont précédé, pensent que même en notre matière, les attributions des magistrats sont essentiellement territoriales et ne s'exercent valablement que sur le territoire, qui a été confié à leur autorité. Aucun texte n'apportant de dérogation formelle à cette règle générale, il faut s'en tenir à elle et par conséquent exiger autant de décrets d'envoi en possession qu'il y a de ressorts judiciaires différents où sont situés les biens.

Cette doctrine invoque en outre un texte de Paul, qui paraît bien favorable à sa solution (L. 12, § 1^{er}, D., XLII, 5): « *Is qui possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet.* »

Nous préférons le système qui accorde à l'ordonnance du magistrat une force exécutoire sur tous les biens du patrimoine, sans qu'il soit besoin d'autre formalité.

Les lois 1, 2, 3, Dig. XLII, 5, ne laissent aucun doute à ce sujet: « *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet.* » La vente est faite au lieu déterminé

par les règles de compétence pour l'exercice de l'action ; on ne se préoccupe pas de la situation des biens, elle porte de plein droit sur le patrimoine tout entier : en un mot, l'ordre de vente, n'est pas limité aux biens situés dans le département à la tête duquel est placé le magistrat qui l'émet ; il est doué d'une puissance générale et absolue, qui atteint tout le patrimoine. S'il en est ainsi de l'ordre de vente, pourquoi en serait-il autrement du décret d'envoi en possession, mesure beaucoup moins grave, puisqu'elle n'offre rien de définitif ?

Quant aux inconvénients que présente l'exécution dans un ressort judiciaire de la décision qui émane d'un magistrat voisin, étranger à ce ressort, M. Tambour (*Voies d'exéc. s. les biens*, p. 74) fait ingénieusement ressortir qu'ils ne sont pas sérieux : « Il me semble difficile que les effets légaux de l'envoi en possession ne se produisent pas d'une manière générale. Quant à l'envoi en possession, l'autorité des magistrats n'en aurait pas plus souffert que ne souffre aujourd'hui l'autorité d'un tribunal des effets produits sur les biens compris dans son ressort, par la déclaration de faillite émanée d'un autre tribunal. »

D'ailleurs, la pluralité de décrets entraîne des embarras beaucoup plus graves. Il pourrait, en effet, arriver que les divers magistrats, sollicités d'accorder le *missio in possessionem*, rendissent des décisions contradictoires, les uns l'autorisant, les autres la refusant.

Qui trancherait ces conflits ? Et comment concilier avec

la nature et le caractère de la *missio in bona*, mesure générale qui doit frapper tous les biens, ces décisions contradictoires qui aboutiraient à faire de la *missio* une mesure particulière, frappant une fraction seulement du patrimoine ? Nous arrivons donc au résultat suivant qui démontre la justesse de notre doctrine : ou bien l'on admet, et c'est incontestable, que la *missio in bona* ne peut porter que sur l'universalité du patrimoine, et partant sur chacun des biens qui le composent, et alors il est nécessaire que le décret du magistrat ait une portée générale, car des décrets successifs, émanant de fonctionnaires différents pourraient réserver la *missio* à certains biens déterminés à l'exclusion des autres, ce qui est impossible. — Ou bien, on s'en tient à la possibilité d'ordonnances multiples et peut-être contradictoires, mais alors logiquement il faut admettre, en contradiction avec tous les textes et tous les documents, que la *missio in possessionem* peut ne pas s'étendre à l'universalité du patrimoine.

IV. Dans une affaire soumise à *causæ cognitio* :

1° Le magistrat ne peut statuer qu'après examen, par un décret.

2° Le réclamant n'est pas admis à procéder par voie de simple requête écrite.

3° Le magistrat ne statue valablement qu'à son tribunal.

Le créancier qui demande l'envoi en possession est-il soumis à toutes ces formalités ?

Il faut distinguer entre les divers cas de *missio*.

Le créancier invoque un jugement rendu à son profit, un aveu fait *in jure* par le débiteur, une cession de biens consentie. Dans toutes ces hypothèses, le droit n'a plus besoin d'être prouvé au fond, puisqu'il l'a été déjà dans l'instance ou qu'il a été reconnu : il semble donc naturel qu'il n'y ait pas de *causæ cognitio*.

S'il s'agit d'un défendeur qui se cache frauduleusement, le magistrat doit statuer *cognita causa* et *pro tribunali*, parce que la vente suivra de près l'envoi en possession (L. 18, D. *Si serv. vind.* VIII, 5; L. 9, C. VII, 72). — Au cas de simple absence les textes sont muets. Toutefois la Const. 3, Cod. *De procur*, nous montre la *causæ cognitio* nécessaire dans une espèce où l'*in jus vocatio* n'a pas été possible.

Le créancier demande l'envoi en possession contre un individu qui s'est rendu coupable de *desertio vadi-monii*. Il n'a pas besoin de justifier sa prétention, il n'a qu'à faire constater le défaut. — Au contraire, il doit exposer son droit, produire ses preuves, et en quelque sorte faire examiner l'affaire au fond si c'est un incapable *indefensus* ou un débiteur décédé, insuffisamment représenté, qu'il poursuit. Dans le premier cas, la *causæ cognitio* est une des garanties données à l'incapable (L. 5, § 1, D. XLII, 4); dans le second, elle est indispensable, parce que le magistrat est investi d'un pouvoir très large, pour apprécier si la *missio in possessionem* était rendue nécessaire par les circons-

tances (L. 8, D. *Quib. ex caus.*, XLII, 4 ; L. 31, D. XLII, 5).

Avec Justinien (nov. 53, chap. IV, § 1), la *causæ cognitio* doit avoir lieu dans tous les cas.

V. Le défendeur condamné avait primitivement un délai de trente jours, pendant lequel les voies d'exécution étaient interdites contre lui. Le prêteur lui donna deux mois ; Justinien quatre, toujours à compter de la sentence.

Passé ce délai, le créancier demande contre lui l'envoi en possession, en vertu du jugement de condamnation dont il est muni. Le débiteur peut contester l'existence ou la validité de la décision judiciaire : cette question sera préalablement vidée, mais dans des conditions très dures pour le débiteur.

Le *confessus in jure*, et probablement aussi celui qui avait cédé ses biens, jouissaient du même délai que le *judicatus*.

S'agit-il des biens d'une succession ? Pendant neuf jours les poursuites des créanciers et les mesures d'exécution demeurent impossibles, par respect de la douleur des héritiers. Sous Justinien il en est ainsi pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer.

Dans le cas d'*indefensio*, la demande d'envoi en possession pouvait sans aucun doute être formée dès que l'*indefensio* avait été constaté à charge de faire, par le créancier, les justifications requises par la loi.

SECTION III

QUI PEUT DEMANDER L'ENVOI EN POSSESSION ET A QUI IL PROFITE

Les créanciers qui demandent la *missio in possessionem* sont réputés agir au nom de tous. Dès qu'elle a été obtenue, elle profite à la masse des créanciers, sans qu'il soit besoin que chacun d'eux la sollicite ou fasse connaître soit au magistrat, soit aux créanciers à qui elle a été accordée, qu'il entend y participer. C'est en ce sens que les textes nous disent qu'elle a lieu *in rem*, et il en résulte que si le créancier qui l'a obtenue, venait à être désintéressé, les autres pourraient continuer la procédure (L. 12, pr. D., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5 ; L. 5, § 2, D., *Ut in poss. leg.*).

Justinien subordonna le droit de participation des créanciers à certaines notifications qui doivent être faites, dans un certain délai, à celui qui a été envoyé en possession.

En principe tout créancier peut demander la *missio in bona*. Cependant certaines réserves doivent être faites.

1° Lorsque l'envoi en possession est sollicité *ex causa judicati*, celui-là seul peut invoquer le jugement, en faveur de qui il a été rendu ; l'aveu ou la cession de biens, à qui reconnaissance de sa créance a été consentie.

De quel droit les autres voudraient-ils invoquer des titres qui ne leur appartiennent point ?

2° On discute la question de savoir si le créancier conditionnel peut obtenir l'envoi en possession.

Tout d'abord, il est certain qu'il ne peut pas provoquer la vente : « Si in diem vel sub conditione debitor latitet : antequam dies vel conditio veniat, non possunt bona ejus venire ; quid enim interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit ? nam et si non sit debitor, idem dicemus. Idem erit dicendum et si quis habeat quidem actionem, sed talem quæ per exceptionem repellitur » (L. 7, § 14, D., XLII, 4).

Mais en ce qui concerne l'envoi en possession le doute subsiste.

Relevons deux textes contradictoires, dont l'un lui accorde, l'autre lui refuse le droit de provoquer l'envoi en possession : « In possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit » (L. 6, pr. D., XLII, 4). « Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur : quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere » (L. 14, § 2, D., XLII, 4).

Comment concilier ces deux propositions ?

Les uns croient mettre l'harmonie entre elles en distinguant suivant que le créancier conditionnel est seul créancier ou entouré d'autres créanciers. Seul il ne pourrait pas provoquer l'envoi en possession ; dans la deuxième hypothèse au contraire, il profiterait de l'envoi accordé aux autres, et, la vente faite, on devrait mettre en réserve pour lui le dividende auquel il aurait droit *conditione eveniente*. Bien que cette dernière solu-

tion nous paraisse juste et à la fois incontestable, cette doctrine, qui veut tout concilier, ne concilie rien du tout. Elle raisonne à côté de l'espèce visée par les deux lois : elle suppose en effet que la *missio in bona* a été obtenue par un créancier autre que le créancier conditionnel. Les lois se placent, elles, dans la situation opposée, dans le cas où c'est le créancier conditionnel lui-même, le premier de tous, qui a demandé l'envoi en possession.

La question reste donc tout entière. Nous écartons une deuxième interprétation qui déclare que le créancier conditionnel peut obtenir l'envoi en possession, mais que cette mesure demeurerait *sine effectu*, c'est-à-dire n'entraînerait pour lui ni droit de gage, ni mise en possession effective. Si, en effet, la *missio in bona*, ne doit lui conférer aucun avantage, il n'a pas d'intérêt à la demander, et par conséquent la difficulté de savoir s'il peut l'obtenir ne se pose pas.

La vérité nous paraît être celle-ci : il y a contradiction entre les textes ; mais cette contradiction provient de ce que les distinctions que faisait le jurisconsulte Paul ont été supprimées par les commentateurs : « Quelles pouvaient être ces distinctions ? Il est probable (1) que les créanciers conditionnels pouvaient obtenir l'envoi en possession dans le cas où le débiteur était mort sans héritier ou avec un héritier insolvable

(1) Accarias, *Droit rom.*, t. II, page 919, note 4.

(L. 4, *De sep.*, D., XLII, 6). Cette mesure avait pour but de soustraire les biens aux dissipations de l'héritier. Dans les autres hypothèses, ils n'auraient pas pu l'obtenir et deux textes donnent cette solution pour le cas de *latitatio* » (L. 50, pr., *De pec.*, D. XV, 1. L. 7, 14, D., XLII, 4).

SECTION IV

DES BIENS SUR LESQUELS TOMBE L'ENVOI EN POSSESSION

A l'origine l'envoi en possession porte, non pas sur tels ou tels biens du débiteur considérés isolément, mais sur l'ensemble du patrimoine, sur tout ce qui appartient au débiteur (L. 18, D., *Si serv. vind.*, VIII, 5; Cic., *Pro quintio*, cap. xxix) : « Bonorum possessio spectatur, non in aliqua parte, sed in universis quæ teneri ac possideri possint. »

Toutefois, dès cette époque, aux personnes libres placées sous la puissance du débiteur, qui ne lui appartiennent pas et échappent à ce titre à l'envoi en possession, il faut joindre :

1° La concubine et les enfants naturels du débiteur, quoique les esclaves soient un des éléments de sa fortune (Paul, L. 38, D., XLII, 5). On respecte ici les liens de l'affection.

2° Les statues, qui ont été élevées en l'honneur du débiteur dans les lieux publics, même si elles sont sa propriété (L. 29, D., XLII, 5). La loi ne veut pas que

les villes dont ces monuments sont l'ornement et la gloire en soient dépouillées.

3° Paul indique encore certains biens qui ne rentrent pas dans la catégorie de ceux en la possession desquels les créanciers sont envoyés, parce qu'une cause spéciale en interdit la possession : « Si propter naturam rei veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri : recte dicitur non esse quod possideatur » (L. 12, § 2, D., XLII, 5).

4° Les créanciers du débiteur ne peuvent pas être envoyés en possession d'une succession qu'il a recueillie et acceptée, si les créanciers de la succession ont réclamé le bénéfice de séparation des patrimoines (L. 1, § 1, *De sep.*, Dig., XLII, 6).

5° On se demande si les créanciers du mari, pouvaient, du chef de leur débiteur, être envoyés en possession du fonds dotal et le faire vendre.

Ce fonds dotal est inaliénable (L. Julia. Gaius, Com., III, § 63) en ce sens que le mari, sans le consentement de sa femme, ou, depuis Justinien, même avec ce consentement ne peut pas l'aliéner, soit directement, soit indirectement.

Cette règle comporte quelques exceptions.

En premier lieu d'après la loi Julia (L. 1, § 1; L. 2, D., *De fund. dot.*, XXIII, 5), le fonds dotal peut parfaitement faire partie d'une aliénation *per universitatem*, portant sur le patrimoine entier du mari. C'est ce qui

arrive si le mari vient à mourir, s'il devient esclave *jure civili*, s'il est condamné à la déportation ou se donne en adrogation. L'immeuble dotal passe au successeur universel du mari, mais les effets de cette transmission ne sont pas les mêmes dans toutes ces hypothèses.

En second lieu la loi Julia autorise également, du chef du mari, les aliénations du fonds dotal, qui ont une cause nécessaire. Nous n'avons pas sans doute, à ce sujet, de texte qui pose une règle générale et absolue, mais les deux solutions données dans la L. 1, *De fund. dot.*, D., XXIII, 5 et les lois 2, C., *De fund. dot.*, V, 23; L. 78, § 4, D., *De jur. dot.*, XXIII, 3, qui permettent des aliénations du fonds dotal *quia non sunt voluntariæ* nous démontrent l'existence du principe que nous posons.

Appliquons ces idées à notre matière. La *venditio bonorum* est une vente *per universitatem* : elle est aussi une aliénation nécessaire et ce double titre elle peut porter sur le fonds dotal, dès lors il est naturel que la *missio in possessionem*, qui en est le préliminaire forcé, l'atteigne aussi.

La loi d'ailleurs se préoccupait de protéger la femme et d'assurer le recouvrement de sa dot, car il eût été inique de la condamner à voir ses biens servir au payement des créanciers du mari. Nous n'avons pas à rechercher ici quelles étaient les garanties données à la femme.

La *missio in bona* n'a pas conservé toujours le caractère d'universalité que nous venons de lui reconnaître. Elle s'en dépouilla graduellement, pour arriver sous Justinien à être, dans tous les cas, limitée à certains biens.

Ulpien nous apprend qu'en matière réelle, le demandeur n'obtiendra l'envoi en possession que sur l'objet litigieux, toutes les fois que l'absence du défendeur *indefensus* n'est pas entachée de dol (L. 7, § 16, D., XLII, 4). S'il y a *latitatio*, absence calculée, la *missio in bona* conserve son ancienne portée.

Distinction analogue, dans la pétition d'hérédité. Que le défendeur soit *indefensus* de bonne ou de mauvaise foi, la possession ne portera que sur les biens de la succession. Son effet est donc restreint (L. 7, § 18 et 19, D. XLII, 4). Toutefois si le défendeur avait frauduleusement cessé de posséder, l'envoi redevenant universel, comprendrait aussi ses biens personnels.

Enfin, contrairement à une solution donnée par Julien, qui vit sous Adrien, en matière de servitudes ; Scœvola qui existe un peu plus tard, sous Marc-Aurèle, nous dit à propos d'une *indefensio* dans une action négatoire, qu'il y aura lieu seulement à la possession du fonds litigieux.

Il est donc probable que avec Dioclétien, le jour où la vente en détail des biens fut substituée à la vente en masse du patrimoine, l'usage des envois en possession partiels dut triompher complètement. Sous Justinien

l'envoi en possession est toujours limitée à certains biens, car il n'y a pas de raison pour le faire porter sur des biens autres que ceux qui doivent être vendus, et si la vente d'une fraction du patrimoine doit suffire à désintéresser les créanciers, à quoi bon donner pour objet à la *missio in bona*, le patrimoine entier ? C'est ce que nous disent les textes ; l'envoi en possession aura pour base : « mensuram declarati debiti. » (Nov. 53, ch. IV, § 1 ; nov. 134, ch. 7).

SECTION V

DES AVANTAGES QUE LA MISSIO IN BONA PROCURE AUX CRÉANCIERS

Les créanciers ne deviennent pas propriétaires des biens, en vertu de l'envoi en possession : « Pro debito creditores addici sibi bona debitoris non jure postulant, » (Const. 6, C. VII, 12).

Ils n'acquièrent même pas la possession proprement dite, celle qui peut conduire à l'usucapion : « Dominium ex ea causâ tenentes minime adipisci possunt. »

Bien plus, les interdits possessoires applicables à la seule possession civile leur sont refusés : « Creditores missos in possessionem, rei servandæ causa interdicto uti possidetis uti non posse ; et merito quia non possident. » (Ulpien, L. 3, § 8, D., XLIII, 17.)

Que leur reste-t-il donc ?

Les pouvoirs que les créanciers reçoivent sur le pa

trimoine de leur débiteur se résument en trois mots : ce sont les droits « d'administration, de détention et de gage. »

1. *Détention*. — Les créanciers sont de simple détenteurs. Tout minime que soit cet avantage, et moins à cause du profit qu'ils en tirent, que de l'intérêt qu'il y a à assurer l'exécution des ordres émanant des magistrats, un interdit est donné aux créanciers tant pour leur donner le moyen d'entrer en possession, nonobstant toute résistance, que pour protéger leur possession une fois acquise.

Ils n'useront jamais ou très rarement de cet interdit contre le débiteur. Ils ont en effet contre lui un procédé beaucoup plus simple à leur service qui consiste à s'adresser au magistrat. Celui-ci fera exécuter son ordre à l'aide de la force armée, s'il le faut.

La formule de l'interdit est ainsi conçue : « Si quis dolo malo fecerit quominus quis permissu meo ejusve ejus ea jurisdictio fuit in possessionem bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo » (L. 1, pr. D. XLIII, 4).

Cet interdit, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, est dirigé tant contre le tiers qui empêche l'envoyé d'entrer en possession que contre celui qui lui faisait perdre cette possession une fois acquise (L. 1, § 3., D. XLIII, 4). La loi nous apprend d'ailleurs qu'il n'était pas nécessaire que le tiers eût commis quel-

que violence, malgré les termes de l'interdit. Il suffisait mais il fallait qu'il y eût dol (L. 1, D. XLIII; 4). C'est en partant de cette idée que la loi refuse l'interdit contre le *furiosus*, *quia affectu caret*; contre le pupille *infans* ou *infantiæ proximus*, *quia doli non est capax*; enfin contre un tiers majeur et responsable, qui résiste aux créanciers munis du décret du prêteur, parce qu'il croit que la chose lui appartient ou tout au moins n'appartient pas au débiteur.

Cet interdit, qui aboutit à une condamnation pécuniaire, est une véritable action pénale au regard du défendeur, c'est pourquoi il n'est donné que pendant un an et ne passe pas contre les héritiers. Toutefois, au delà de ce terme, et contre les héritiers, il demeure possible *in id quod pervenit*. (L. 1, § 8, D., XLIII, 4).

Mais l'interdit n'est pas pénal au profit du demandeur, et il en résulte :

1° Que la condamnation s'estime en prenant pour base le préjudice causé par le trouble ou l'intérêt qu'avait le créancier à être mis en possession (L. 1, § 9, D., XLIII, 5).

2° Que si le demandeur obtient ainsi le montant de ce qui lui est dû, il ne peut plus poursuivre en outre son paiement sur les biens saisis. Le cumul lui est interdit et le débiteur est libéré.

Si au contraire la condamnation ne lui donne qu'une partie de sa créance, il peut agir pour le surplus sur les biens en possession desquels il a été envoyé.

3° Comme l'intérêt du demandeur se limite forcément à la valeur des biens, la condamnation sera au plus équivalente à cette valeur et il se peut que, même ainsi fixée, elle ne désintéresse pas complètement le créancier. Dans cette hypothèse, il nous paraît qu'il peut encore agir sur les biens pour tout ce dont sa créance dépasse leur valeur, c'est-à-dire pour ce qui lui reste dû.

En résumé le créancier, quand il recourt à l'interdit, ne peut jamais ni directement ni indirectement toucher au delà du montant de sa créance.

II. *Pignus prætorium*. — Le droit de gage qui appartient aux créanciers envoyés en possession, porte sur tous les biens du débiteur, tant sur ceux qui sont corporels que sur ceux qui ne le sont pas (Gaius, L. 13 Dig. XLII, 5) et les affecte d'une façon intime et spéciale à la sûreté des créances.

Ce droit ne prend naissance qu'autant qu'il y a eu prise de possession réelle et effective (L. 26, § 1, Dig. XIII, 7).

Comme tout droit de gage, le *pignus prætorium* doit comprendre un droit de préférence au profit de ceux qui peuvent invoquer la *missio in possessionem* dont il découle; et un droit de suite, s'exerçant sous forme d'action hypothécaire et attaché aux biens en quelques mains qu'il passe.

L'existence du droit de préférence n'est pas contestée. Il est cependant assez délicat de rechercher à

quelles personnes il est utile, et à quelles autres il est opposable.

D'abord il n'est pas question de l'accorder aux créanciers qui ont sollicité et obtenu l'envoi en possession, et de faire primer par eux ceux des créanciers qui sont restés étrangers à la procédure. C'est là une idée condamnée par les textes, qui nous décrivent l'envoi en possession toujours donné *in rem* et profitant de plein droit à tous les créanciers qui existent au jour de la demande (L. 5, § 3, Dig., XXXVI, 4). Dans les rapports respectifs des créanciers qui composent la masse, l'envoi en possession n'établit pas de changements. Ceux qui ont personnellement des causes de préférence attachés à leur droit conservent leur rang ; les hypothèques, les privilèges *inter personales actiones* subsistent ; la *missio in possessionem* ne détruit rien et non plus ne crée rien de nouveau. (Const. 8, *in fine*, C. VII, 71).

Il n'est pas davantage question de donner un droit de préférence aux créanciers, qui ont eu la possession réelle et effective, sur ceux qui ne l'ont pas eue. Cette opinion ne repose sur aucun texte.

Le *pignus prætorium* a un tout autre but : il assure un droit de préférence à tous les créanciers existant au moment de la *missio in possessionem*, sur tous les créanciers postérieurs. Cette solution n'est pas écrite clairement dans les textes, mais en est la conséquence logique et vraisemblable. Ulpien, par exemple, dans la loi 5,

§ 4, Dig. XXXVI, 4, nous montre un débiteur, héritier d'une succession qu'il a recueillie et acceptée, et dont le patrimoine a fait l'objet de deux envois en possession, prononcés à des époques différentes, le premier, au profit des créanciers personnels de l'héritier, le second, au profit des légataires de la succession. En ce conflit, les créanciers personnels de l'héritier ont un droit de préférence sur les légataires. C'est probablement en vertu d'une règle générale portant que, quand un patrimoine a été deux fois saisi par les créanciers, les créanciers existant à la date du premier envoi, invoquant ce titre commun, priment sur les biens du débiteur, les créanciers qui surgissent plus tard, fussent-ils, eux aussi, munis d'un envoi en possession, mais postérieur au premier.

Si cette doctrine est vraie, on peut, non sans raison comparer les effets du *pignus prætorium* à ceux que produit dans notre législation l'hypothèque de la masse en faveur des créanciers du failli.

Quant au droit de suite, la pratique et la doctrine discutaient le point de savoir s'il existait en vertu du *pignus prætorium*. Justinien, tranchant la controverse, décida que le droit de suite appartiendrait toujours aux créanciers, même quand ils auraient perdu la possession par leur faute (L. 2, C. VIII, 22) : « Humanius esse perspeximus et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito

casu. Licet enim debuerat incumbere pignori suo, ne aliquam patiatur inde jacturan : tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur, et ei recuperationem damus. »

III. *Visite des titres.* — Les créanciers obtiennent avec l'envoi en possession, le droit d'examiner les comptes de leurs débiteur, de fouiller dans ses papiers, d'interroger et vérifier ses titres, pour en tirer argument et s'en servir, le cas échéant.

« Puto, dit Ulpien (L. 15, Dig., XLII, 5), creditoribus instrumentorum etiam αναγραφην, id est descriptionem facere, non ut describant ipsa corpora instrumentorum, sed quot sint, de qua re sint, subnotent sibi et quasi inventarium faciant ; quod etiam universorum facere eis erit permittendum. Præterea nonnunquam prætor, causa cognita, etiam describere aliquid ex instrumentis creditoribus debet permittere si qua idonea causa interveniat. — Utrum semel, an etiam sæpius recognitio, dispunctio concedenda sit creditoribus, videamus? Et ait Labeo, amplius quam semel non esse concedendam : si quis tamen juraverit non calumniæ causa se postulare, neque habere quæ dispunxerit, iterum ei potestatem faciendam ait, nec amplius quam bis. »

La loi, dans sa prévoyance, s'est occupée des moyens propres à empêcher que ce droit de visite dégénérât en véritable vexation, en inutile indiscrétion. Elle interdit aux créanciers de prendre copie des titres qui

passent ainsi par leurs mains ; ils peuvent simplement prendre des notes. D'autre part le magistrat doit, s'il use du droit que lui confère la loi de permettre les copies de titres, observer en cette matière la plus extrême réserve, et ne céder qu'à des besoins légitimes et évidents.

La loi, en outre, dispose que les créanciers ne peuvent se livrer à cette enquête qu'une seule fois. Toutefois, ici encore, le prêteur peut, s'ils jurent qu'ils n'agissent point par esprit de chicane, leur accorder la faveur de faire un second examen. Ce sera le dernier, car la loi proscriit tout renouvellement indéfini : « *Non iterum quam bis.* »

IV. *Situation du débiteur.* — Elle est gravement modifiée tant au point de vue social qu'au point de vue légal.

Le débiteur n'est pas encore noté d'infamie, mais déjà sa réputation et son honneur souffrent de la *missio in possessionem* dont il a été l'objet, car cette mesure fait peser sur lui une présomption d'insolvabilité : « *Cujus bona ex edicto possidentur, hujus fama et existimatio cum bonis simul possidentur.* » (Cic., *Pro Quintio*, chap. XV).

C'est la même idée qui le fait exclure des fonctions municipales (Table d'Héraclée). Toutefois, cette déchéance ne frappe point le pupille, et probablement l'incapable d'une façon plus générale ; elle n'atteint pas

non plus l'*indefensus* qui est absent pour un service public.

Dans l'ordre juridique, le débiteur devient suspect et il doit, même en matière d'action personnelle, toujours fournir la caution *judicatum solvi*, quand il plaide comme défendeur (Gaius, IV, § 102).

Ses relations avec son patrimoine ne sont plus les mêmes. On lui enlève l'administration de son patrimoine; on lui en enlève la jouissance, et si complètement que si nous voyons assurer (L. 33, D., XLII, 5) au pupille des aliments, c'est uniquement par une faveur très louable pour son état intéressant d'incapacité. Aucun document ne nous dit qu'elle doive être étendue aux autres incapables, quoiqu'ils en soient également dignes.

Le débiteur ainsi dépouillé de la plupart des prérogatives qui appartiennent au maître d'un patrimoine, ne pouvait plus par de mauvaises opérations, des actes de dissipation ou des aliénations frauduleuses, porter atteinte au gage de ses créanciers. L'envoi en possession lui liait de plein droit les mains.

Toutefois, les actes qu'il avait passés dans cette période de la procédure n'étaient pas radicalement nuls. Les créanciers avaient seulement le droit d'en faire prononcer la nullité.

Prenons l'exemple d'une aliénation consentie par le débiteur en fraude de ses créanciers, envoyés en possession.

Depuis Justinien, ceux-ci conservent sur le bien aliéné leur droit de suite, et, par l'action hypothécaire, ils pourront exiger qu'il leur soit délaissé.

Auparavant ils avaient l'action Paulienne, pour faire révoquer l'acte qui leur porte préjudice.

Cette action ne pouvait être exercée qu'après la *venditio bonorum* (Cons. 5, C. VII, 71; L. 10, D., XLII, 8). « Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. » C'est en effet le résultat donné par la vente des biens, qui permet d'apprécier si l'acte passé par le débiteur a été nuisible aux créanciers. Leurs doléances ne sont légitimes qu'autant que le prix donné par la vente ne suffit point à payer les dettes, parce que c'est le seul cas dans lequel il est vrai de dire que les opérations qui ont appauvri le débiteur, ont en même temps été nuisibles aux créanciers.

Cependant il y a une hypothèse dans laquelle la Paulienne pouvait être invoquée et portée en justice, avant la vente des biens.

L'envoi en possession, qui laisse subsister toutes les causes de préférence existant précédemment, et les diverses catégories de créances qu'elles engendrent, place néanmoins les créanciers sur un certain état d'égalité, qui ne doit plus être troublé. Par suite, le créancier qui aurait reçu après l'envoi en posses-

sion, tout ce qui lui est dû, devrait faire participer les autres à ce paiement. Ce résultat pourrait être poursuivi par l'action Paulienne, et nous croyons qu'ici elle est donnée avant la vente. Notre opinion repose sur le texte suivant (L. 10, § 16, D. XLII, 8; L. 6, pr. 7, D. XLII, 8). « Qui post bona possessa debitum suum recepit : hunc in portionem vocandum, exa-quandumque cæteris creditoribus : neque enim debuit præripere cæteris, post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset. »

Les modifications que l'envoi en possession apporte dans la situation du débiteur et aussi dans celle des créanciers, intéressent le public. Il faut porter cet événement à la connaissance de tous, et dans ce but la loi dispose que le prêteur, en même temps qu'il rend l'ordonnance d'envoi en possession, doit ordonner que des affiches annonçant la vente soient apposées dans les lieux les plus fréquentés de la ville : « Prætor jubet bona per dies continuos tringinta possideri et proscribi. » (Gaius, Com. IV, § 79 (Cic. *pro Quintio*, 15).

Cette publicité invite les créanciers du débiteur saisi, autres que ceux qui ont sollicité la *missio in bona*, à se faire connaître et à participer à la procédure. Elle avertit tous ceux qui pourraient avoir la tentation de se présenter pour le débiteur *indefensus*, et de défendre à sa place au procès. Elle annonce la vente qui, dans la plupart des cas, suit l'envoi en possession, et éveille

l'attention des acheteurs. Enfin, elle prévient les tiers du dessaisissement du débiteur, et des dangers auxquels ils s'exposent en traitant avec lui.

SECTION VI

ADMINISTRATION DES BIENS

L'envoi en possession retire au débiteur l'administration de ses biens ; celle-ci passe de plein droit aux créanciers envoyés en possession. Généralement les créanciers n'exercent pas eux-mêmes cette fonction. Confiée à plusieurs personnes dont les attributions ne sont pas nettement séparées, dont les vues sont souvent divergentes, la gestion d'un patrimoine ne peut donner que de mauvais résultats. Il est préférable de la remettre à un ou plusieurs curateurs responsables et investis de pouvoirs distincts.

Néanmoins, nous devons envisager les deux hypothèses :

1° *Administration par les créanciers.* — Les créanciers ont, nous l'avons vu, le droit de se mettre au courant des affaires du débiteur, et ainsi celui de vérifier ses papiers, d'examiner ses titres. La loi les autorise également à faire, s'ils le veulent, un inventaire général.

Tout ceci dérive du pouvoir de garde et de surveillance qui leur est donné : « Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse

oportere : quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant : quod non poterunt, id auferre et abducere licebit.»

Ulpien (L. 8 et 9, Dig., XLII, 5) nous décrit exactement quels sont les pouvoirs des créanciers en matière d'administration.

Le débiteur est privé de la jouissance de ses biens, mais les fruits qu'ils recueillent n'appartiennent pas aux créanciers (L. 48, D. *De solut.*). Et si la loi 7, § 19, D. XLII, 4, donne une solution différente dans l'hypothèse d'une pétition d'hérédité, c'est uniquement parce que c'est là un cas spécial, régi par des règles spéciales.

Les créanciers doivent donc rendre compte, sauf s'ils les gardent pour les imputer sur le montant de leurs créances, des fruits qu'ils perçoivent (L. 9, § 1, D. XLII, 5). Ils doivent également compte des créances qu'ils ont pour opérer les recouvrements, s'ils n'en usent pas : « Si nondum sit aliquid consecutus, actiones suas præstabit » (L. 14, D. XLII, 5).

Les créanciers doivent placer les revenus (L. 8, § 1 et 2, D. *loc. cit.*), louer les services des esclaves, et ceux des animaux domestiques, vendre les récoltes. Ils sont même, en vertu de cette obligation, tenus des revenus que leur négligence aurait empêché de faire produire : « In eum quoque qui neque locavit fructum prædii, neque vendidit, in factum actionem dat prætor ; et in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc

perceptum est, quia neque vendidit, neque locavit » (L. 9, § 6, D. *loc. cit.*).

Mais il se peut que le débiteur ait déjà loué ses biens, que le profit retiré des traités qu'il a ainsi passés ne soit pas aussi considérable qu'il pourrait l'être. Néanmoins, les créanciers devront respecter ces actes à moins qu'ils ne soient entachés de fraude : « Si jam a debitore locatus erat, vel venierat, servabit prætor venditionem vel locationem a debitore factam, et si minoris distractum est, vel locatum; nisi in fraudem creditorum hoc fiat. »

Enfin, la responsabilité des créanciers, quand un préjudice est causé au patrimoine du débiteur, est limitée au dol : « Est præterea quæsitum, si deteriora prædia facta fuerint sine dolo malo creditoris, vel jura eorum amissa vel ædificia diruta, vel exusta; item familiæ pecorumque acta cura non sit, aut possessio alii tradita, sine dolo tamen malo : an teneatur? Et apparet eum non teneri, quia dolo malo caret. »

2° *Administration par un curateur.* — La loi n'impose la nomination d'un curateur que dans un seul cas : s'il y a des actions à porter en justice, ou auxquelles il soit nécessaire de défendre : « Curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sunt. »

Dans toutes les autres circonstances, cette nomination est facultative.

Les fonctions du curateur consistent : — à payer les dettes dont le non-payement entraîne clause pénale —

à faire tous les actes de pure administration, toucher les revenus et les placer, faire fructifier les biens — enfin à exercer les actions du débiteur ou à y défendre comme actions utiles.

Le curateur était désigné par la majorité des créanciers : ils pouvaient, à leur gré, confier cette mission à l'un d'entre eux ou à un étranger : « *Nec omnino creditorem esse oportet, eum qui curator constituitur ; sed possunt et non creditores.* »

Cette nomination était ordinairement confirmée par le magistrat. Ainsi élu par les intéressés, investi de ses fonctions une seconde fois par les pouvoirs publics, le curateur administrait au lieu et place des créanciers, mais en leur nom. Il les représentait tous, n'y eût-il pas eu unanimité dans l'assemblée, qui l'avait choisi : « *Quæque per eum qui ita creatus esset, acta, facta, gesta sunt, rata habebuntur.* »

Les créanciers qui l'ont nommé ont contre lui l'action de mandat ; ceux qui n'ont point été de l'assemblée, n'ont que l'action de gestion d'affaires (L. 22, § 10, D. XVII, 1).

Les rapports des créanciers avec le curateur n'étaient pas ceux que nous venons d'indiquer, quand sa nomination n'avait pas été revêtue de l'approbation du prêteur. Il n'était, en effet, que le délégué de ceux qui l'avaient choisi, et comme aucun caractère officiel n'était attaché à sa mission, il n'était qu'un inconnu pour ceux dont il ne tenait pas ses pouvoirs. Aussi

ceux qui ont désigné le curateur, ont en lui un mandataire, et ce sont les règles du mandat, qui s'appliquent à leurs relations respectives. Quant aux autres, ils n'ont contre le curateur aucune action : « Si debitor foro cesserit, et creditores privato consilio coierint ; et elegerint unum per quem bona distraherentur, et portio ipsis, quæ ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit alius qui se creditorem dicat : nullam quidem actionem adversus curatorem habebit. » Mais ils ont, contre les créanciers qui ont donné mandat au curateur, une action *negotiorum gestorum*, si ceux-ci connaissent leur existence ; une action *in factum* dans le cas contraire : « Atquin si præsentium mandatum exsecutus, id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint : quod si cum soli creditores se existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandaverint. »

Comment se réglaient les comptes ?

Prætor ait : Si quis cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit ; ei ad quem ea res pertinet, non restituat, sive quod impensæ sine dolo malofecerit, sive non præstabitur : sive dolo malo ejus deterior causa possessionis facta esse dicetur ; de ea re iudicium in factum dabo. »

Celui qui administre doit rendre compte de ce qu'il a reçu au cours de sa gestion ; d'autre part il est admis

a réclamer une indemnité, pour toutes les dépenses qu'il a faites de bonne foi alors même qu'elles n'auraient été d'aucun profit. Dans ce double but les actions qui lui compétent ou dont il est tenu sont des actions *in factum*. Ce sont des actions perpétuelles et qui passent tant aux héritiers que contre eux.

L'action *de dolo*, par laquelle se vident les questions de responsabilité encourue par l'administrateur, coupable de fraude, est au contraire annale, et, passé ce délai, ou contre les héritiers, ne se donne que jusqu'à concurrence du profit retiré.

Le compte de gestion se débattait entre l'administrateur d'une part et le débiteur de l'autre, si la *missio in bona* se terminait autrement que par la vente du patrimoine ; entre l'administrateur et le *magister bonorum vendendorum* ou les créanciers, s'il y avait vente.

Il nous reste à nous demander quelle était au juste la nature de ce personnage qui porte le nom de *curator*, et si ce n'est pas lui que nous retrouvons un peu plus loin dans la procédure, sous le nom de *magister bonorum vendendorum*. Trente ou quinze jours après l'envoi en possession, les créanciers vont de nouveau trouver le prêteur, et réunis sous sa présidence choisissent le *magister* chargé de recevoir les offres et de procéder à la vente. Le *curator* et ce *magister* ne font-ils qu'un seul et même délégué ? Et n'y a-t-il sous ces deux titres qu'une seule et même fonction ?

La compilation de Justinien ne mentionne plus le

magister, parce qu'à l'époque où elle est faite, la *bonorum venditio* n'est plus usitée; mais il est probable qu'elle s'est bornée à substituer le curateur au *magister* (tit. VII Dig. XLII), effaçant ainsi les différences qui existaient précédemment entre eux, et qui étaient probablement celles-ci.

1° Le curateur était nommé *ex consensu majoris partis creditorum*. Il était confirmé par le préteur dans la plupart des cas.

Le *magister* était nommé par les créanciers uniquement. Jamais le préteur qui présidait leur assemblée, n'intervenait soit pour diriger soit pour confirmer leur choix : « Rursus adibant prætorem creditores, petentes ut sibi liceret unum ex numero suo constituere, qui debitoris patrimonium dividere deberet. Nam cum molestum esset quotidie omnes convenire, unum ex numero suo creabant, qui dicebatur magister. Et de cetero ille cum iis, qui emere vellent, contrahebat. » (Théoph. *De succ. Subl.*).

2° Le curateur peut être pris en dehors des créanciers.

Gaius (III, § 79), Cicéron (*ad Attic.* I, 1), Théophile sont d'accord pour nous dire que le *magister* devait être « unus ex numero creditorum. »

3° Le curateur administre; le *magister* vend, et c'est toujours dans l'exercice de cette fonction que les textes nous le décrivent (Cic. *pro Quintio*, c. 15).

4° Enfin le curateur était nommé dès que l'envoi en

possession avait été accordé. Le *magister* quand la période, pendant laquelle il durait, était écoulée.

Ces éléments de distinction nous paraissent ressortir nettement des documents, qui précèdent et surtout du passage de Théophile : La question ne présente plus d'intérêt dans le droit de Justinien, sous l'empire duquel le curateur seul est reconnu et où il remplit les fonctions du *magister*.

SECTION VII

COMMENT FINIT L'ENVOI EN POSSESSION

Nous n'avons pas à rechercher quelles sont les causes de nullité d'un envoi en possession ; nous supposons une *missio* revêtue de toutes les formalités voulues par la loi, régulièrement ordonnée, et nous examinons les différentes issues, auxquelles elle peut aboutir.

L'envoi en possession cesse du fait des créanciers, s'ils veulent bien y renoncer. Cette abdication se comprend parfaitement dans le cas où l'embarras du débiteur, n'étant que momentané, il y a lieu de se relâcher à son endroit des mesures rigoureuses qui le frappent dans son honneur et compromettent peut-être sa situation.

Mais l'envoi en possession prend fin quelquefois par l'intermédiaire du débiteur.

1° S'il a été prononcé à la suite d'un jugement de condamnation ou d'une *confessio in jure*, le débi-

teur peut le faire cesser en payant ses créanciers, car ils n'ont plus dès lors d'intérêts à sauvegarder, et la *missio in possessionem* disparaît faute d'objet.

2° Le débiteur a fait cession de biens : il n'a pas perdu tout espoir de recouvrer son patrimoine. C'est ce que nous disent les textes (L. 3, D. XLII. 3 ; L., 5, *ib.*) « Is qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret : quare, si paratus fuerit se defendere, bona ejus non veneunt. »

Mais à quelles conditions peut-il reprendre la possession et la gestion de son patrimoine ? *Si paratus est se defendere*. Littéralement ces mots veulent dire qu'il suffit que le débiteur se déclare prêt à se défendre en justice. Cette interprétation est inexacte, car la cession de biens implique nécessairement une reconnaissance de la dette, et si le débiteur se déclare prêt à repousser en justice les prétentions du créancier, il s'agit uniquement d'attaquer la validité de ce qui a été fait, et non plus de faire cesser les effets d'un envoi régulièrement ordonné.

Nous croyons donc que ces expressions impliquent pour le débiteur l'obligation de désintéresser le créancier, soit par un paiement effectif, soit en lui opposant une compensation. Cette manière de voir est confirmée par la Constit. 2, *Qui bon. ced. poss.* : « Si quantitatem quam debeas inferre paratus es ».

3° L'envoi en possession a été prononcé à la suite

d'une *indefensio* du débiteur. Pour le faire tomber, le débiteur, en principe, n'a qu'à défendre à l'action que le créancier dirige contre lui ; mais si l'envoi dure depuis trente jours, il doit donner la caution *judicatum solvi* (Cic., *Pro Quint.*, C. 8). Auparavant, il n'en est pas tenu.

Un tiers peut d'ailleurs se présenter au lieu et place de l'*indefensus* et plaider pour lui, mais ce tiers doit remplir les conditions de capacité requises par la loi, de ceux qui défendent en justice pour autrui, et fournir la caution *judic. solvi* (Gaius, IV, 102; L. 33, 1, D., *De bon. auct. judic.*).

Cette obligation de présenter à l'instance la caution *judicatum solvi* se justifie aisément, même quand elle s'applique au débiteur lui-même. En effet, les créanciers trouvent dans la *missio in bona* certains avantages, dont ils ne sauraient être dépouillés sans qu'on leur offrit, à titre de compensation, d'autres garanties équivalentes. Ils ont un droit acquis, présumé valablement et régulièrement acquis, et il ne doit pas dépendre de la seule volonté d'un débiteur, d'une solvabilité douteuse, qu'il y soit porté atteinte.

C'est à tout débiteur *indefensus* que la loi commande de *satisfare*, quand il veut défendre à la poursuite, même s'il s'agit de demander la nullité de l'envoi en possession, parce que tant que cette nullité n'a pas été prononcée, la mesure doit produire ses effets et demeure réputée valable (L. 33, 1; D., XLII, 5).

Cependant à cette règle il existe deux exceptions.

Le pupille devenu pubère, qui se présente, est déclaré suffisamment défendu par le seul fait de sa comparution volontaire. « Ait prætor : Si is pupillus in suam tutelam venerit, eave pupilla viripotens fuerit, et recte defendetur : eos, qui bona possident, de possessione decedere jubebo. — Recte defendi hoc est vel ab alio quocunque; sed si alius defendat, erit necessaria satisfactio; si ipse, non puto satisfactionem necessariam; ergo oblata defensione dejici poterit, interdicto reddito. »

L'absent *reipublicæ causa sine dolo malo*, c'est-à-dire qu'il n'a pas provoqué la mission d'utilité publique dont il est chargé, pour échapper à ses créanciers, est également dispensé d'octroyer cette garantie (L. 35, D., XLII, 5).

Nous devons, en terminant sur cette matière, signaler un cas d'application de la *missio in possessionem*, où elle était irrévocable. Le défendeur avait fait défaut après la *litis contestatio*. A la suite d'une procédure particulière et assez longue, le créancier obtenait un jugement conforme à sa demande et dont il poursuivait l'exécution par les voies ordinaires de droit. La *missio* qui était prononcée alors était irrévocable, et aucune intervention du débiteur en justice ne pouvait la faire cesser (L. 13, § 3, C. *De jud.*).

Cette procédure de contumace fut, plus tard, employée contre ceux qui faisaient défaut avant la *litis con-*

testatio; mais les mesures qu'elle entraîna contre eux, et notamment la *missio in bona*, ne devinrent irrévocables qu'avec la nouvelle 108 de l'empereur Léon; et encore ne le furent-elles pas quand le débiteur présentait des excuses légitimes.

La première phase de la *venditio bonorum* étudiée, nous allons passer à la seconde, qui comprend l'examen des cas d'application, de la procédure et des effets de la *venditio* proprement dite.

CHAPITRE II

VENDITIO BONORUM

SECTION PREMIÈRE

CAS DANS LESQUELS ELLE A LIEU

Les créanciers ont été envoyés en possession du patrimoine du débiteur. Aucun événement n'arrête la marche de la procédure, ni de la part des créanciers qui n'ont pas renoncé au bénéfice de la mesure qu'ils ont provoquée, ni de la part du saisi qui n'a pas eu recours aux moyens que la loi lui donne d'y mettre un terme : dans ces conditions, la *missio in bona* aboutit-elle forcément à une vente en masse, et les créanciers ont-ils toujours le droit de l'exiger ? Des distinctions s'imposent.

Dans le cas de *missio in bona* suivant un jugement de condamnation, une *confessio in jure* ou une cession de

biens, la vente est toujours possible (Gaius, III, § 78).

Elle l'est également, s'il s'agit d'un débiteur *capite minutus*, qui n'est pas défendu (Instit. liv. III, tit. X, § 3).

La *latitatio* du débiteur soulève quelques difficultés.

C'est ici qu'il importe de rappeler que les Romains distinguaient soigneusement l'individu *qui fraudationis causa latitabat* de celui qui pouvait à l'appui de sa conduite invoquer quelques motifs raisonnables d'excuse : « Si latitent, prætor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere ut. si res exegerit, etiam distrahantur. » Le préteur examine les circonstances de l'affaire, et s'il constate que le débiteur s'est caché frauduleusement dans le but d'échapper à ses créanciers, ou d'une façon plus générale qu'il a, de mauvaise foi, paralysé l'instance, il autorise la vente. Il y met obstacle, au contraire, si le débiteur peut justifier son attitude par une excuse tirée d'un cas de force majeure, tels que ceux que nous décrit Ulpien (L. 2, D., XLII, 4) et alors la *missio in possessionem* n'est plus qu'un acte purement conservatoire.

Quand la *latitatio* n'existait qu'à l'égard seulement de quelques-uns des créanciers, Pomponius nous dit que ceux-là seuls, qui en étaient victimes, pouvaient provoquer la vente : « Eumque solum posse hunc venditionem impetrare adversus quem latitet. »

Si le débiteur est absent, sans qu'il y ait *latitatio*, les textes font une autre distinction. L'envoi en possession

est accordé, mais la vente n'est possible que si le retard devait causer quelque préjudice aux créanciers : « *defendi autem videtur qui per absentiam suam in nullo deteriore causam adversarii faciat* » (D. XLII, 4, Dig. L. 2, § 3). La vente est donc l'exception. Cette solution est donnée dans plusieurs espèces : le débiteur est absent *reipublicæ causa sine dolo malo*, ou bien est prisonnier de guerre chez l'ennemi (L. 6, § 1 et 2, D. XLII, 4), son patrimoine ne sera pas vendu de suite on attendra son retour : « *Creditores in possessionem mittendi sint ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.* »

La loi ne prend point tant de ménagements à l'égard du débiteur absent *exilii causa* : son absence est la conséquence directe de son crime, et les créanciers peuvent toujours vendre ses biens (L. 13, D. XLII, 4).

Dans le cas où il s'agit d'un pupille *indefensus*, il est probable, si la dette est née en sa personne, que son patrimoine pouvait bien faire l'objet d'un envoi en possession mais non d'une *venditio bonorum*.

Mais la loi 3, D., XLII, 4 examine les effets de la dette qui est échue au pupille par succession. Tout le monde n'était pas d'accord là-dessus, mais l'opinion de Marcellus qui prévalut, donnait aux créanciers le droit de provoquer de suite la vente des biens successoraux. Il eût été inique de leur refuser cette faculté ; en effet, quand ils traitent directement avec le pupille, c'est en connaissance de cause, ils savent que, le cas échéant,

ils ne pourront vendre ses biens personnels qu'à sa puberté. En leur appliquant ici la même règle, on les rendrait victimes des hasards de la succession.

L'abstention d'un héritier sien, fut-il un pupille, conférait aux créanciers le droit de poursuivre, saisir et faire vendre les biens du défunt. Le reliquat en excédent appartenait à l'héritier qui s'était abstenu (L. 6, pr. D. XLII, 5).

La vente du fou ne peut avoir lieu qu'en cas d'urgence et si tout retard devait être fatal aux créanciers. Au fou, le § 12, L. 7, Dig., XLII, 4, assimile tous ceux qui ont un curateur et par conséquent le mineur de vingt-cinq ans. Ce mineur devait en effet être au moins aussi bien traité que le fou, lui dont l'incapacité a un terme certain, à l'arrivée duquel les créanciers recouvrent leur complète liberté d'action. Rien, sauf le cas d'extrême nécessité, n'exige que l'on précipite ici les mesures d'exécution.

Reste l'hypothèse où les créanciers sont en face de la succession du débiteur.

L'héritier appelé fait addition, les créanciers peuvent recourir contre lui ou demander la séparation des patrimoines. Il délibère, l'envoi en possession est permis, la vente ne l'est pas.

S'il est certain qu'il n'y a pas d'héritier, les créanciers peuvent saisir et vendre. S'il y en a un et qu'il ne soit pas connu, il doit se révéler avant que la vente soit parfaite.

L'institution peut être affectée d'une condition. En face de cette modalité, les créanciers peuvent faire vendre si l'institué déclare que, quel que soit le sort de la condition, il n'acceptera point, — si la condition est casuelle, sauf sans doute l'appréciation des circonstances, — si l'héritier n'accepte point dans le délai fixé à la requête des créanciers, pour qu'il prenne parti, en matière de condition potestative.

Enfin, la vente peut avoir lieu toutes les fois que l'héritier suspect n'a point donné caution, comme le prêteur l'avait commandé.

SECTION II

PROCÉDURE DE LA VENTE EN MASSE

La vente du patrimoine était le résultat d'une longue procédure : « *de bonis debitoris vendendis per multas ambages circuitusque multos fiebat* », dit Théophile.

Une fois l'envoi en possession accordé, les affiches apposées, les choses restent en l'état (Gaius, III, 79) pendant trente jours, s'il s'agissait des biens d'un vivant, pendant quinze, s'il s'agissait de ceux d'un mort. Ce délai était imposé dans le premier cas pour permettre au débiteur de trouver les moyens de désintéresser les créanciers, ou aux tiers, qui seraient tentés de défendre l'*indefensus*, de prendre un parti et d'intervenir dans l'instance; dans le second cas, pour laisser aux successeurs inconnus le temps de se déclarer. C'était une trêve d'équité, car il ne convenait pas d'enlever au

défunt ou au débiteur saisi, les quelques chances qu'ils pouvaient avoir d'échapper à la vente et à l'infamie.

Ce laps de temps écoulé, les créanciers allaient de nouveau trouver le prêteur, et réunis sous sa présidence, choisissaient dans leurs rangs un *magister* chargé d'opérer la vente; des affiches faisaient connaître au public la phase nouvelle dans laquelle entrait la procédure: « Fiebatque in celeberrimis quibusque locis totius urbis proscriptio, hæc continens: ille debitor noster, in ea causa est ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores, ejus patrimonium distrahimus; quicumque emere volet, adesto » (Théoph., *De succ. subl.*).

Ce texte soulève une controverse. Il nous montre les affiches apposées uniquement après la nomination du *magister*, c'est-à-dire à une époque bien tardive de la procédure. Gaius et Cicéron, d'autre part, en termes très clairs et très affirmatifs, écrivent que ces affiches précédaient de beaucoup la deuxième assemblée et le choix du *magister*. Comment concilier ces deux opinions?

Nous croyons qu'il devait y avoir deux séries d'affiches précédant et suivant la désignation du *magister*. Les premières avaient pour but d'annoncer la *missio in possessionem*, le dessaisissement du débiteur, la fin de son administration personnelle; elles invitaient aussi les créanciers à se faire connaître. Les autres prévenaient le public que la vente du patrimoine allait couronner

l'envoi en possession. C'était un premier appel adressé aux acheteurs.

Après un nouveau délai qui devait être très court, les créanciers se présentaient encore devant le prêteur et obtenaient de lui l'autorisation de rédiger la *lex bonorum vendendorum*, et de la rendre publique, formalité qui, dans notre pensée, constitue une troisième catégorie d'affiches : « *Paucis diebus elapsis, adibant prætorem; qua ex re consequabantur ut sibi liceret legem bonorum vendendorum facere. Atque ex eo tempore præfatæ proscriptioni talia quædam addebant : ea quicumque emerit, creditoribus (verbi causa) in dimidiam partem eorum, quæ ipsis debentur, respondere debet : sic, ut cui centum aurei debentur, accipiat quinquaginta; et cui ducenti, accipiat centum.* »

Trente jours écoulés, s'il s'agit d'un vivant; quinze, s'il s'agit d'un mort; période dont nous ignorons absolument le point de départ, et dont la durée ne repose, ainsi fixée, que sur un texte très mutilé de Gaius (C. III, § 79), la vente en masse avait lieu : *tunc patrimonium emptori addicebatur.*

L'acheteur, réserve faite des difficultés relatives aux hypothèques, traitait en connaissance de cause. La publicité donnée au cahier des charges, à la *lex bonorum vendendorum*, lui en avait fourni les moyens : la *lex*, en effet, devait « contenir tous les renseignements qui étaient de nature à éclairer les acheteurs et les mettre en mesure de voir si la mise à prix correspon-

daît à la valeur réelle des biens, s'ils pouvaient l'accepter ou même faire des offres supérieures (1). »

La mise à prix ne consiste pas en une somme d'argent déterminée, mais en un dividende que l'acheteur doit assurer aux créanciers. C'est encore Théophile, qui nous en donne des exemples, fournis sans doute par la pratique.

De la nature de l'engagement pris par l'acheteur, il est naturel de conclure, pour qu'il pût en mesurer la portée que la *lex bonorum* devait comprendre très exactement la liste de tous les biens du débiteur, mentionner leur état de conservation; indiquer aussi le nombre et l'étendue des créances, et, autant que possible, des hypothèques.

Toutes ces formalités remplies, tous les délais observés, la vente avait enfin lieu.

Pouvait-elle s'opérer à l'amiable ou bien devait-elle nécessairement passer par la voie des enchères publiques?

Cicéron nous donne sur la *bonorum sectio* quelques détails, desquels il résulte qu'elle était faite, à peine de nullité, en présence d'une *hasta*, symbole de la propriété quiritaire, et toujours aux enchères (Phil., II, C. 29).

Rien de pareil à propos de la *venditio bonorum*. Il n'est pas question de la lance, là où la propriété qui-

(1) Accarias, *Pr. de droit rom.*, t. II, page 173.

ritaire n'est pas mise en jeu. D'autre part, Théophile paraît bien admettre la possibilité d'une vente ordinaire, sans enchères, lorsqu'il dit : « *Magister cum iis, qui emere vellent contrahebat.* » Toute intervention de formes spéciales et solennelles, semble éloignée, puisque c'est au *magister* qu'il confie le soin de recevoir les offres d'achat, les mises à prix, et de traiter définitivement.

Dans l'ordre des faits, il est probable que la vente avait lieu le plus souvent aux enchères. On y trouvait l'assurance de ne céder les biens qu'au taux le plus élevé et d'obtenir ainsi aux créanciers le plus gros dividende. Toutefois ce n'était là qu'une simple faculté.

Le patrimoine vendu était adjugé à un acheteur : « *qui vocabatur bonorum emptor.* » C'était celui qui offrait de distribuer aux créanciers le dividende le plus élevé, que l'on préférait.

A offres égales, il fallait bien choisir, et l'on préférait alors l'acheteur-créancier, à celui qui ne réunissait pas ces deux qualités ; si aucun créancier n'était sur les rangs, l'acheteur parent (*cognatusve*) au simple étranger. Enfin entre deux étrangers, on s'arrêtait sans doute à celui des deux qui présentait les garanties les plus sérieuses de solvabilité (L. 16, D. XLII, 5).

SECTION III

EFFETS DE LA VENTE

Nous devons étudier les effets de la vente à trois points de vue :

- 1° En ce qui concerne le *bonorum emptor* ;
- 2° En ce qui concerne les créanciers ;
- 3 En ce qui concerne le débiteur vendu.

I. Théophile nous dit : « Et vocabatur is qui emerat, bonorum emptor. Actionesque omnes, quæcumque ei vel contra eum, qui passus erat bonorum venditionem, competebant : hæc in bonorum emptorem transferebantur, et utiliter vel experiebatur, vel conveniebatur, sicut et bonorum possessor. Uterque enim successor prætorius est. »

Le *bonorum emptor* est donc un successeur universel du débiteur. Ce n'est pas un héritier, car le droit civil seul fait les héritiers : mais il est mis *loco heredis* et les textes le comparent volontiers à celui qui, *bonorum possessor*, recueille une succession, en vertu du droit prétorien.

Cet effet de la vente n'est pas nouveau. Déjà la *bonorum sectio*, dans les cas où elle portait sur un patrimoine entier, et il en était presque toujours ainsi, faisait du *bonorum sector* une espèce d'héritier. C'est aussi à la *manus injectio* que la *bonorum venditio* emprunte l'idée première qui fait d'elle un mode de transmission *per universitatem*. Dans la *manus injectio*, c'est

la personne physique du débiteur qui, au bout de certains délais, est vendue *trans Tiberini* ; dans la *bonorum venditio*, c'est sa personnalité juridique, c'est-à-dire l'ensemble de tous les droits actifs et passifs qui lui appartiennent, au moins de tous ceux qui représentent des intérêts pécuniaires. M. Ortolan (*Inst. de Justinien*, t. II, § 1170 et 2027), caractérisant cette situation singulière par une expression énergique, a pu dire sans se tromper ; que le débiteur vendu est frappé d'une véritable mort juridique, et qu'il assiste, vivant, à sa propre succession. Notons toutefois que cela n'est vrai que de l'ensemble du patrimoine passé, et des seuls droits pécuniaires : le débiteur ne perd ni l'agnation, ni la gentilité, ni le patronage, ni les droits même pécuniaires qui pourront résulter, à son profit, dans l'avenir, des diverses qualités qui restent en lui.

Le *bonorum emptor*, en véritable successeur prétorien qu'il est, n'acquiert pas la propriété quiritaire des biens qu'il a achetés. « Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno jure fiunt sed in bonis efficiuntur ; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt » (Gaius III, 80), — Il peut seulement les usucaper et, bien entendus cette usucapion ne commence que du jour où le *bonorum emptor* est entré en possession réelle et effective.

Son intérêt est donc de prendre possession le plus vite possible, et on lui donne dans ce but un interdit *adipiscendæ possessionis causa* semblable aux interdit

quorum bonorum et sectorium attribués l'un au *bonorum possessor*, l'autre au *bonorum sector*. « Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant. »

Cet interdit était donné au *bonorum emptor* pour se faire mettre en possession, non pour recouvrer une possession qu'il aurait perdue ; de plus, il n'avait pas d'action générale, telle que la *possessoria hereditatis petitio*.

Le *bonorum emptor* n'avait pas besoin, quand il usait de l'interdit, de prouver la propriété du débiteur ; il lui suffisait d'établir qu'en fait il avait obtenu le pouvoir d'entrer en possession, et qu'en droit il était fondé à l'obtenir, c'est-à-dire qu'il n'avait qu'à justifier de sa qualité de successeur universel, basée sur la *venditio bonorum*. L'interdit ne tranchait pas les questions litigieuses qui pouvaient être soulevées par l'objet au sujet duquel il était délivré ; il ne servait qu'à assurer à l'acquéreur, avantage déjà considérable, la meilleure situation dans l'instance sur le fond.

L'interdit *possessorium* est donné contre celui qui se croyant héritier sans l'être, possède *pro herede* ; et contre celui qui n'a ni juste titre ni bonne foi et possède *pro possessore* : « Pro herede autem possidere videtur, tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse ; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam, vel etiam totam heredita-

tem, sciens ad se non pertinere, possidet » (Gaius, IV, 144).

L'acquéreur pouvait exercer l'action Publicienne, quand après avoir possédé une chose, il venait à perdre cette possession. Gaius nous en donne la formule : « Judex esto : si quem hominem A.A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret etc.... » C'est une action fictice dans laquelle le demandeur est déclaré être dans la même condition juridique que s'il avait possédé toute l'année. La fiction porte sur la durée de la possession, et ceci montre bien que cette action ne devait pas appartenir au *bonorum emptor*, qui n'avait pas encore possédé en personne. Eut-il voulu, en effet, invoquer la possession du débiteur ? Mais il ne pouvait le faire qu'en se disant héritier du débiteur ; la formule eût dû lui supposer la qualité d'héritier, se compliquer des mots *si heres esset*, c'est-à-dire devenir deux fois fictice, puisqu'elle l'était déjà sur la durée de la possession, et sortir ainsi des termes de la loi.

Au point de vue des droits réels et créances qui comptent dans l'actif du patrimoine vendu, l'acquéreur est traité comme un *bonorum possessor*.

Gaius nous apprend qu'il exerce les actions de son auteur à l'aide de deux formules différentes : « Ex persona ejus cujus bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam : id est, ut quod

illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur : quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. » Cette première rédaction fait figurer le nom du débiteur dans l'*intentio*, et celui de l'acquéreur dans la *condemnatio* : le juge, qui reconnaît l'existence d'une dette au profit du débiteur vendu, condamne à en payer le montant entre les mains du *bonorum emptor*.

Toutefois cette action ne pouvait pas être employée dans le cas où il s'agissait de la vente des biens d'un défunt. Comment reconnaître des droits à celui qui était mort ? Aussi elle dut de bonne heure céder la place à une autre, qui nous est décrite sous le nom d'action Servienne : « Bonorum emptor ficto se herede agit veluti hoc modo : Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret.... » Dans cette nouvelle rédaction, le nom du *bonorum emptor* figure à la fois dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*, la formule fictive lui suppose la qualité d'héritier, et le juge doit rendre sa sentence comme s'il avait devant lui le véritable héritier du débiteur. Cette combinaison ingénieuse permettait d'appliquer l'action Servienne, même à celui qui avait acheté le patrimoine d'un défunt, et par conséquent lui donnait une compréhension beaucoup plus large que celle de l'action Rutilienne.

Le *bonorum emptor*, s'il succédait aux actions qui

compétaient activement à son auteur, était également tenu des obligations qui lui incombait. Rien ne nous dit, quoiqu'il soit raisonnable de le supposer, qu'il pût être poursuivi par des actions dont la formule, à l'exemple de l'action Rutilienne, portât le nom du débiteur dans l'*intentio* et le sien propre dans la *condemnatio*. Gaius (III, § 81) nous apprend uniquement que le *bonorum emptor* était attaqué par des actions utiles et fictives : « Item quæ debita sunt ei cujus bona fuerunt, aut ipse debuit, neque bonorum possesores, neque bonorum emptores ipso jure debent, aut ipsis debentur; sed de omnibus rebus utilibus actionibus et conveniuntur et experiuntur, quas inferius proponemus »

L'étendue des obligations du *bonorum emptor* n'est pas la même que celle des obligations de son auteur. Elle n'excédait pas l'engagement pris par lui, et en définitive, il ne devait aux créanciers que le dividende qu'il avait promis de leur payer. Toutefois, comme les créanciers l'actionnaient, non point en vertu de ses promesses personnelles, mais comme successeur du débiteur vendu, ce qu'ils lui réclamaient, ce n'était point la fraction de la dette qui devait rester à sa charge, mais sa totalité. Il repoussait leurs prétentions, en ce qu'elles avaient d'excessif, par l'exception *pacti conventi*.

Il se peut que l'acquéreur, agissant comme créancier du chef du débiteur déconfit (*defraudator*) poursuive un individu qui soit à la fois débiteur et

créancier du *defraudator* : le *bonorum emptor* doit alors indiquer dans la formule de l'action qu'il y a lieu de retrancher du montant de la condamnation ce que lui-même doit au défendeur, comme tenu au lieu et place du *defraudator*. C'est ce que les textes nomment la *deductio* du *bonorum emptor*; c'est une des formes sous lesquelles se présente en droit romain l'exercice de la compensation.

Notons d'ailleurs que cette restriction mise à la condamnation s'élevait non pas à la totalité de la dette dont était tenu le débiteur déconfit, mais seulement au dividende dont le demandeur est lui-même tenu comme *bonorum emptor*; autrement, on arriverait à lui faire payer indirectement plus que le prix convenu. Le tiers au contraire subit un traitement rigoureux; il reste tenu de la totalité de sa dette, il perd une fraction de sa créance, etc'est sur la partie qui subsiste que s'opère la compensation. M. Accarias (*Droit romain*, t. II, p. 1233, note 1) voit dans cette situation intéressante du tiers la cause de la *deductio* qui est imposée au *bonorum emptor*; en principe, le défendeur serait obligé de réclamer par la voie judiciaire le reliquat de sa créance; mais, il est déjà si malheureux, qu'on lui évite, par la *deductio*, à titre de dédommagement, la peine d'intenter une action.

Quelles sont les règles de la *deductio*? Gaius nous dit que le compte de déduction se plaçait dans la *condemnatio* : « Item bonorum emptor cum deductione

agere jubetur, id est, ut in hoc solum adversarius condemnatur, quod superest, deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur. » Cette partie de la formule était sans doute conçue dans les termes suivants : « Numerium Negid. Aulo Ag. condemna quod superest deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur. »

Sa place connue, il nous reste à dire :

1° Que la *deductio* porte sur toute espèce de dettes, même sur celles qui ne sont point encore exigibles (Gaius, IV, 66 et 67) *et quod in diem debetur*.

2° Qu'elle s'opère, quel que soit l'objet des deux obligations, quand même elles auraient pour objet des choses de genres différents, c'est-à-dire des quantités qui ne seraient pas susceptibles de se remplacer les unes par les autres. Par exemple, l'argent se compenserait très bien avec du blé (Gaius, IV, 66).

3° La *deductio* rendait la *condemnatio* toujours incerta : « Utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnatio concipit » (Gaius, IV, 68).

4° Il en résulte enfin que le *bonorum emptor*, qui ne déduisait rien, n'encourait pas une *pluspetitio*. Seulement son adversaire, exposé à une condamnation trop forte, pouvait, par une *in integrum restitutio*, obtenir la modification de la formule.

Les textes nous montrent une *deductio* imposée aux *argentarii*. Elle était soumise à des principes tout diffé-

rents de ceux qui sont contenus dans ces quatre règles. Notamment l'*argentarius*, qui ne l'omettait ou n'opérait qu'une *deductio* insuffisante, s'exposait à la *plus petitio*. Quant aux raisons qui peuvent justifier cette inégalité dans les traitements, elles sont d'ordre purement pratique. On considérerait que le *bonorum emptor* succédait au débiteur déconfit, et que, par conséquent, il ne connaissait peut-être pas très exactement l'état des créances et des dettes de son auteur. L'*argentarius* ne peut pas invoquer cette excuse : c'est de son propre patrimoine qu'il s'agit ; sa profession exige en outre que ses livres soient très régulièrement tenus, et qu'il soit toujours informé de l'état de ses comptes, actif et passif. Il eut donc été mal venu à réclamer à son débiteur, plus que celui-ci ne lui devait, sous prétexte qu'il ignorait les causes et le montant précis de la compensation.

II. Les créanciers avaient droit au prix que le *bonorum emptor* s'était engagé à leur payer. Entre eux et lui, le *magister* était un intermédiaire dont la mission était de recouvrer la somme représentant le dividende convenu, et de la distribuer ensuite aux créanciers.

L'acquéreur versait entre les mains du *magister* ; le *magister* devait répartir entre les créanciers ce qu'il recevait ainsi, et eux étaient armés pour l'y contraindre, d'actions diverses que nous décrit la loi 22, § 10, D. XVII, 1, déjà citée.

Ceux des créanciers qui avaient assisté aux réunions

préparatoires de la procédure, dans lesquelles on avait nommé le *magister*, pouvaient user contre lui de l'action *mandati*.

Ceux qui n'y avaient point participé, n'avaient que l'action *negotiorum gestorum* et encore il fallait que le *magister* eût l'intention spontanée de faire aussi leurs affaires. Quant aux autres (L. 5, D. XLII, 7), ils n'avaient pas d'action contre le *magister*, qui n'était ni leur mandataire, ni leur gérant d'affaires, mais ils avaient contre les autres créanciers une action *negotiorum gestorum* ou *in factum*; toutefois il paraît bien que c'était uniquement pour partager avec eux le dividende promis par l'acquéreur et déterminé d'après l'état des créances connues au jour de la vente, et que l'apparition de créanciers qui ne s'étaient pas révélés à cette date, n'augmentait pas les charges assumées par le *bonorum emptor*. « Il est probable, dit M. Bonjean (*Des actions*, t. II, p. 554), bien qu'il n'y ait là-dessus aucun document positif, il est évident même que les créanciers devaient être forclos, quand ils ne s'étaient pas fait connaître assez à temps pour que le syndic les portât sur l'état des créances; il fallait bien, en effet, que l'adjudicataire qui offrait tant pour cent aux créanciers, sût à quoi s'en tenir sur le montant total des dettes. Les créanciers étaient impardonnables, avertis par les affiches, de ne pas se nommer. »

Toutefois cette déchéance, dans l'opinion de ceux qui l'admettent, ne s'applique pas aux créanciers

munis d'une hypothèque. Leurs droits subsistaient tout entiers, suivant les biens entre les mains du *bonorum emptor*. Celui-ci courait donc un grand danger, à raison du caractère occulte de l'hypothèque romaine, puisqu'il s'exposait à voir surgir des droits susceptibles de lui enlever le bénéfice de son acquisition, peut-être même de le constituer en perte. Cette chance escomptée par les acheteurs ne devait pas contribuer à faire vendre les biens à leur juste valeur, mais les textes ne disent pas qu'on eût pris quelque mesure pour combattre un si funeste résultat.

Comment le prix de la vente était-il distribué?

Nous avons vu que si la *missio in bona* produisait un droit de préférence au profit de la masse des créanciers existant au moment où elle était ordonnée, sur les créanciers postérieurs, elle n'éteignait point les causes de préférence, privilèges ou hypothèques, qui s'attachaient aux créances de quelques-uns de ceux, qui composaient cette masse.

Le *magister bonorum vendendorum* commençait donc par payer les créanciers munis d'un droit de préférence, et si le prix dépassait cette somme, les créanciers chirographaires au marc le franc.

Si la vente des biens avait donné un chiffre supérieur au montant total des dettes, l'excédant de l'actif sur le passif faisait de plein droit retour au débiteur vendu. Cette solution est incontestable. La loi en cite

deux applications, l'une relative à la vente du patrimoine d'un fou (L. 7. § 11, D. XLII, 4), l'autre à la vente d'une succession dont un pupille s'est abstenu (L. 6, pr., D. XLII, 5) et si elle ne contient pas à ce sujet de principe général et absolu, c'est que ce sont là les seules hypothèses dans lesquelles la vente produisit un excédent d'actif. Presque toujours le débiteur qu'elle frappait était insolvable.

III. Quatre idées principales résument les effets de la *venditio* à l'égard du débiteur déconfit.

1° Il n'est libéré que jusqu'à concurrence de ce que les créanciers ont reçu, comme prix de la vente. Il demeure obligé pour le reste, et cette obligation sortira à effet le jour où il aura acquis de nouveaux biens (Gaius, II, § 155), ce qui peut très bien arriver puisqu'il conserve tous les droits de succession qui dérivent de la parenté.

Le débiteur qui a fait cession de biens, jouit ici d'un double bénéfice : ses nouveaux biens ne peuvent être saisis que s'ils présentent une certaine importance, et on devra toujours lui laisser de quoi vivre (L. 6, D. XLII, 3) : « Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisivit, iterum bona ejus non veneunt. — Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro, in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur. »

2° Le *defraudator* ne peut plus être poursuivi en

justice pour actes antérieurs à la *missio in bona*, c'est à dire *ex ante gesto*.

Toutefois, c'est là une proposition dont il faut bien préciser le sens et la portée, à raison de textes qui s'y rapportent et qui paraissent contradictoires.

Vénuléius nous dit que le débiteur ne peut plus être actionné *ex ante gesto* (L. 25, § 7, Dig. XLII, 8) : « *Hæc actio etiam in ipsum fraudaterem datur; licet Mela non putabat, in fraudatorem eam dandam : quia nulla actio ex ante gesto in eum post venditionem bonorum daretur; et iniquum esset, actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vere quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur; et prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam pœnam.* »

Gaius, au contraire (II, 155), nous dit que le débiteur vendu peut être l'objet de nouvelles poursuites *ex ante gesto*, et qu'il se peut que l'universalité de ses biens soit vendue plusieurs fois « *cum ceterorum hominum quorum bona venierint, pro residua portione, si quid postea adquirant, etiam sæpius bona veniri soleant.* »

La vérité est qu'il n'y a pas lieu de concilier ces deux lois parce qu'elles ne se contredisent point et qu'elles raisonnent dans deux hypothèses absolument distinctes.

Vénuléius suppose que le débiteur n'a pas acquis de

nouveaux biens, et déclare que dans cette situation, aucune action *ex ante gesto* ne peut être dirigée contre lui. Ce résultat n'était sans doute atteint que *per exceptionem* parce que la *bonorum venditio*, institution prétorienne, ne pouvait pas éteindre complètement et de plein droit les obligations reconnues par le droit civil et les actions qui en dérivent. Le débiteur devait donc invoquer une exception, laquelle ne lui était accordée que s'il n'avait pas acquis de nouveaux biens. Mais si dès à présent ce fait n'était pas contesté, ou bien si le défendeur en faisait la preuve de telle sorte qu'il ressortait clairement des débats qu'il avait droit à l'exception, le préteur conformément aux principes généraux, refusait l'action.

Vénuléius ajoute que, même dans le cas où le débiteur n'a pas acquis de nouveaux biens, il peut néanmoins être actionné à raison des actes par lesquels il s'est frauduleusement appauvri et rendu insolvable. L'action paulienne donnée ainsi contre lui, toutes les fois qu'on ne pouvait pas faire annuler l'acte répréhensible et recouvrer les biens égarés par sa mauvaise foi, avait uniquement pour but de lui infliger la peine de l'emprisonnement.

Gaius se place dans une situation différente, dans celle où le débiteur vendu a acquis de nouveaux biens. Ces biens doivent, nous dit-il, servir à payer les créanciers, qui lors de la *venditio bonorum* n'ont reçu qu'un dividende, et aussi ceux qui sont nés depuis. Mais les

textes ne nous apprennent pas comment se réglait le concours sur les nouveaux biens des deux masses de créanciers.

Quoi qu'il en soit, ces nouveaux biens vont certainement faire l'objet d'un second envoi en possession et d'une seconde vente. Mais qui pourra provoquer ces mesures? Évidemment ceux des créanciers qui ont pris part à la première *venditio*, et dont les droits ont fait l'objet d'un jugement ou d'une *confessio in jure*. Ceux-là sont munis d'un titre exécutoire, et on ne voit pas quelle pourrait être l'utilité pour eux d'une nouvelle poursuite judiciaire, ni comment elle serait possible. Ils pourront de suite, réclamer l'envoi en possession et la vente des biens, sans autre formalité, et c'est probablement à cette catégorie de créanciers que pensent les lois 6 et 7 D. *De cess. bon.* quand elles nous disent qu'il sera immédiatement et de plein droit procédé à la saisie et à la vente des nouveaux biens.

Mais dans la masse des créanciers qui ont participé à la première *venditio bonorum*, et aucun texte ne porte qu'un titre exécutoire pour y participer fût nécessaire, à côté de ceux qui en avaient un, se trouvaient d'autres créanciers qui n'étaient pas munis de titre exécutoire. Ceux-ci, nous croyons que c'est ce que dit Gaius, s'en faisaient délivrer un sous forme de jugement, afin de provoquer la vente des biens nouveaux; or ils agissaient bien *ex ante gesto*.

III. Aucune action *ex ante gesto* ne pouvait être

exercée par le débiteur vendu, car tous ses droits sont passés à l'acquéreur de son patrimoine, et l'action qui est donnée à l'occasion de l'un d'eux ne saurait appartenir à deux personnes à la fois (L. 40, *De op. lib.*, D. XXXVIII, 1 ; L. 4, D. XLII, 7) : « Bonis, per curatorem ex senatus consulto distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere. »

IV. Le débiteur devient infâme (Gaius, II, 154).

L'infamie entraînait dans l'ordre public certains effets. Celui qui en était frappé devenait indigne de tous honneurs ou dignités, il perdait le *jus honorum*, et notamment était exclu de toutes les fonctions municipales. C'était un rude châtiment à l'époque de Cicéron, alors que les Romains étaient si jaloux de tout ce qui touchait à leurs droits politiques.

L'infamie n'était pas sans influence dans le droit privé : le débiteur vendu ne pouvait plus plaider pour autrui (*postulare pro alio*) et toutes les fois qu'il jouait dans un procès le concernant personnellement, le rôle de défendeur, il devait fournir la caution *judicatum solvi*.

L'infamie s'attachait également à la mémoire de celui dont les biens étaient ainsi vendus après sa mort. Pour prévenir ce résultat, celui qui mourait insolvable avait eu soin d'instituer son esclave, devenu ainsi son héritier nécessaire. C'est sous le nom de l'esclave que les biens étaient vendus et c'est lui qui devenait infâme.

L'infamie n'était produite que par la *venditio bonorum*. Elle ne dérivait ni de la simple *missio in possessionem*, ni de la cession de biens suivie de vente, quoique l'une et l'autre, dans une mesure qu'il est difficile de préciser en droit, entamassent gravement l'*existimatio* du débiteur (L. 1, C. VIII, 71). Elles le faisaient en effet présumer insolvable et sa réputation ne pouvait qu'en souffrir.

APPENDICE

DISTRACTIO BONORUM

I. La *bonorum venditio* n'existe plus au temps de Justinien depuis au moins deux siècles. Théophile nous en raconte les destinées : « Et tunc locum habebat quando judicia ordinaria in usu essent, hoc, est cum solo tempore conventus haberentur. Hodie vero cum judicia sunt extraordinaria et quovis tempore exerceantur, non injuria et venditiones bonorum in desuetudinem abierunt. »

Les vices mêmes de l'institution et la réforme judiciaire opérée sous Dioclétien la firent disparaître.

La *bonorum venditio* exigeait tout d'abord, entre les créanciers, une entente souvent difficile à obtenir. « Elle présentait en outre les plus grands inconvénients pour tous les intéressés : pour le débiteur qu'elle rend infâme ; pour les créanciers qui devaient se trouver souvent à la merci de spéculateurs peu délicats ; enfin pour l'acquéreur lui-même, qui risquait de voir surgir un jour des hypothèques ignorées et de subir ainsi une diminution de bénéfice, peut-être même une perte sérieuse » (1).

(1) Accarias, *Droit rom.*, t. II, page 177.

D'autre part, la *bonorum venditio* nécessitait à plusieurs reprises l'assistance du magistrat. C'est lui, qui, ordinairement, confirme le curateur dans ses fonctions; c'est lui qui préside l'assemblée où est nommé le *magister*; c'est lui qui autorise la rédaction du cahier des charges et permet de procéder à la vente. Son concours fréquent est indispensable. Tant que les magistrats purent se rendre en province pour y tenir des *conventus* c'est-à-dire des assises, tout alla bien. Mais le jour où la réunion se fit sur leur tête, des fonctions de magistrat et des fonctions de juge, le jour où ils durent connaître eux-mêmes au fond des affaires litigieuses qui leur étaient soumises, leurs occupations devinrent très lourdes, exigèrent aussi qu'ils demeurassent à leur poste, sans cesse à la disposition des plaideurs, et entraînèrent la disparition des *conventus*. Il fallut dès lors chercher une procédure d'exécution et de vente des biens, qui permit de se passer du magistrat, et c'est ainsi que la *distractio bonorum* fut substituée à la *bonorum venditio*.

Cependant le changement ne se fit pas brusquement.

La *distractio bonorum* commença par être employée dans un certain nombre de cas particuliers.

Gaius (L. 5, D. XXVII, 10) nous la montre usitée quand il s'agissait de la vente des biens d'une *persona clara* (*senator vel uxor senatoris*). On voulait sauver l'honneur de cette personne, et on en trouvait le moyen

dans la *distractio bonorum*, qui n'entraînait pas l'infamie.

Nératius (L. 9, D. XXVII, 10) nous dit aussi que dans certaines hypothèses particulières qu'il ne relate pas, les créanciers avaient le choix entre la *venditio bonorum* et la *distractio*. Quelles sont ces hypothèses ? nous les ignorons, mais il nous paraît certain qu'elles ne doivent pas se confondre avec celle relatée par Gaius. En effet, si la loi voulait sauver de l'infamie la *persona clara*, il fallait qu'elle imposât aux créanciers la *distractio bonorum*, autrement ceux-ci eussent toujours pu choisir la *venditio*, et éluder ainsi le but de la loi.

Sous Justinien, la *distractio* est seule en vigueur.

II. La *distractio bonorum* est toujours précédée d'une *missio in possessionem*. Cette *missio* dure deux ans, si tous les créanciers demeurent dans la même province que ceux qui l'ont obtenue ; quatre ans dans le cas contraire. Ce délai est donné pour permettre à tous les intéressés de se faire connaître, et d'annoncer qu'ils entendent participer aux résultats de la procédure. Ceux qui ne se sont pas révélés pendant cette période, perdent tout droit à critiquer la vente, ne peuvent recourir ni contre les acheteurs ni contre les autres créanciers : ils conservent seulement leurs créances contre le débiteur.

Dès que l'envoi en possession a été accordé, un curateur, choisi sans doute par les créanciers, sans qu'ils soient obligés de le prendre dans leurs rangs, et ordi-

nairement confirmé par le magistrat, administre les biens jusqu'à ce que la vente ait lieu.

Les pouvoirs des curateurs, l'étendue de leur responsabilité, les formes de cette responsabilité demeurent les mêmes que sous le régime de la *venditio bonorum*. Il faut comme autrefois distinguer si le curateur tient sa mission du magistrat ou d'un *privatum consilium*.

Les textes relatifs à la nouvelle vente ne parlent plus de *magister*. Ses fonctions sont maintenant attribuées au curateur qui, après avoir géré les biens, est chargé de les vendre.

La vente se fait *ex sententia judicis*, sur autorisation du magistrat; probablement aux enchères, parce que c'est le moyen le plus sûr d'attirer des acheteurs nombreux et de réaliser les biens au plus haut prix, mais aucun texte ne nous dit que cette forme spéciale fût imposée.

La vente porte non plus sur la masse du patrimoine, mais sur chaque bien en particulier, jusqu'à ce qu'on ait obtenu une somme suffisante pour désintéresser les créanciers. Elle pouvait même n'être autorisée que jusqu'à due concurrence, si on prévoyait qu'il ne serait pas nécessaire d'aliéner tous les biens.

Justinien reconnaît aux créanciers (Inst. liv. II, tit. 19, § 1) le pouvoir de se partager les biens en nature; mais il est permis de croire que ce moyen n'était employé qu'à défaut d'acheteur.

Le curateur exerce comme utiles les actions du débiteur, et c'est ainsi qu'on les réalise.

Le prix provenant de la vente, les sommes recouvrées par l'exercice des actions actives du débiteur servent à payer les créanciers. Parmi eux viennent en première ligne les créanciers privilégiés; puis ceux qu'un privilège commun met sur un même rang; enfin les simples chirographaires.

Quant aux créanciers hypothécaires, leurs droits n'étaient pas atteints par la vente, à moins qu'elle n'eût été provoquée par le premier d'entre eux. Ce cas excepté, le curateur ne doit vendre les biens hypothéqués qu'après avoir désintéressé les créanciers hypothécaires.

La vente faite, le prix doit être déclaré devant le défenseur de la cité, et cette déclaration sera enregistrée. Si elle a produit un excédent, cet excédent sera versé au Trésor de l'Eglise, pour payer les créanciers retardataires qui pourraient se présenter. S'il n'y en a point, l'excédent fera retour au débiteur.

III. Quant aux effets de la *distractio bonorum*, ils ne ressemblent en rien à ceux que produisait la *venditio*.

L'acquéreur n'est plus un successeur *per universitatem* du débiteur : il a tout simplement acheté un objet particulier, dont il doit le prix. On ne parle plus de dividende.

Le débiteur, dont la succession n'est plus ouverte, recouvre l'exercice de ses actions *ex ante gesto*, qui

n'ont pas été exercées par les curateurs, quand son actif a pu faire face à ses dettes, mais en général la *distractio bonorum* ne s'applique qu'aux insolvable et en fait, dans la plupart des cas, le débiteur n'aura rien à réclamer.

Le débiteur n'est libéré que jusqu'à concurrence de ce que la vente a procuré aux créanciers : il demeure tenu de tout ce qui leur est encore dû. Enfin, bien que sa réputation souffre, il n'est plus noté d'infamie et échappe aux déchéances que nous avons signalées plus haut.

Les lenteurs de la procédure de vente des biens, soit en masse soit en détail, les complications auxquelles donnaient lieu leurs formalités, faisaient que les créanciers, dont l'intérêt était modique, n'y recouraient jamais.

C'est bien à ce point de vue que se place le Digeste, qui ne nous parle de ces ventes qu'à propos des insolvable et des *indefensi*. C'est qu'en effet le créancier, qui avait en face de lui un débiteur solvable mais récalcitrant, préférait prendre un jugement, et se faire envoyer en possession de quelques-uns des biens du défendeur pour les vendre ensuite : le *pignus ex causa judicati captum*, dont nous n'avons point à parler ici, était la plus usitée des voies de contrainte.

DROIT CRIMINEL

DE LA SITUATION DE L'INCUPLÉ PENDANT L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

PRÉLIMINAIRES

La poursuite des crimes et délits comprend deux procédures distinctes et successives : l'une, qui précède l'audience, a pour objet de rechercher et constater l'existence des faits punissables, et d'en découvrir les auteurs. C'est l'instruction préparatoire. Elle se termine par le renvoi ou la mise en prévention des personnes présumées coupables, suivant la gravité des charges et la nature des indices recueillis contre elles; l'autre, l'instruction définitive, se déroule à l'audience même où sont débattus les éléments de l'accusation, pesés les témoignages, discutées les preuves de la

culpabilité. C'est à une condamnation ou à un acquittement qu'elle aboutit.

Nous devons parler de la première seulement. Son importance et son utilité sont évidentes et incontestables.

L'instruction préparatoire rassemble les matériaux du procès, et fournit les moyens d'obtenir la vérité, soit que par l'inspection des lieux où l'acte a été consommé, des instruments qui ont servi à sa perpétration, des traces qu'il a laissées, de toutes les pièces de conviction, elle ne fasse que constater la réalité du délit; soit que par l'audition des témoins, la saisie des lettres et papiers compromettants, l'interrogatoire des individus soupçonnés, elle ait pour but d'en déterminer les auteurs.

C'est là son premier bienfait : ce n'est pas le seul. Grâce à elle (1), l'accusation peut marcher plus sûrement au jour des débats définitifs; grâce à elle, on peut contrôler les preuves, la moralité des témoins, la foi qu'ils méritent, et donner au juge le moyen de baser sa conviction et son arrêt sur une information complète, sur des témoignages et indices suffisants et certains.

Le rôle de l'instruction préparatoire est donc considérable dans l'administration de la justice : elle est l'âme (2) du procès, et à ce titre, la première condition

(1) F. Hélie, *Inst. crim.*, t. V, p. 7.

(2) P. Ayrault, *Inst. jud.*, liv. I, n° 3.

de l'ordre étant la répression sévère des crimes et délits, la société est vivement intéressée à la bonne organisation de l'instruction préparatoire.

Mais il faut aussi constater que cette procédure est destinée à protéger les justiciables contre les abus de pouvoir, les accusations injustes et mal fondées, les erreurs judiciaires : « Il importe à tous les citoyens, dit (1) M. Faustin Hélie, qu'ils ne puissent être inquiétés par des poursuites légèrement exercées et par les procédés quelquefois trop prompts de la police judiciaire, que des apparences trompeuses peuvent égarer. C'est pour cela que toutes les législations ont institué une juridiction préliminaire qui, comme une barrière élevée entre l'instruction et les juges du fond, arrête et rejette les procédures qui n'apportent pas des indices graves et ne contiennent pas en elles-mêmes de fortes présomptions de la culpabilité des inculpés. »

L'instruction préparatoire soulève en outre les plus redoutables problèmes. Ce n'est pas à des coupables qu'elle s'attaque, c'est à des suspects ; à des individus qui sont peut-être innocents, et qui doivent être considérés comme tels jusqu'à l'arrêt de condamnation. Cependant des mesures graves doivent être prises contre eux : leurs personnes arrêtées et détenues, leurs domiciles visités, leurs correspondances fouil-

(1) Journ. le *Droit* du 14 juin 1876.

lées, leurs papiers domestiques saisis et lus ! Dès lors le législateur, qui investit les magistrats spécialement désignés pour ces délicates fonctions, de pouvoirs assez étendus pour atteindre tous les coupables, doit aussi se préoccuper de prévenir les actes abusifs et arbitraires, et de protéger les innocents contre les égarements et les erreurs de la justice. Problème difficile, dont Montesquieu signale l'exceptionnelle gravité, lorsqu'il écrit : « La sûreté n'étant jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées, c'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté des citoyens. »

Donc deux intérêts sont en présence et en conflit : l'ordre public exige que toutes les responsabilités soient établies, tous les coupables démasqués, toutes les infractions punies, et que par conséquent la société soit armée, pour atteindre ce but, de moyens irrésistibles d'action. — D'autre part, il faut que les investigations de la défense sociale, dont les allures affectent celles du châtimement ; qui troublent les citoyens dans leur honneur, dans leur famille, dans leur fortune, ne frappent que les malfaiteurs ; que l'innocence de ceux à qui parfois elles s'adressent à tort, soit mise à même d'éclater immédiatement, sans qu'aucune mesure arbitraire ou légale puisse en entraver la démonstration.

Nous (1) aurons à voir dans cette étude comment les droits respectifs de la société et de l'individu ont été sauvegardés dans le Code d'instruction criminelle. Nous constaterons que le législateur a placé la procédure préparatoire tout entière entre les mains du juge d'instruction ; que ce magistrat possède un pouvoir discrétionnaire, illimité, sans contrôle ; et quand nous aurons signalé les vices de cette organisation, cette parole de Voltaire (2) nous paraîtra encore vraie : « En France, « l'ordonnance criminelle paraît dirigée pour la perte « des accusés. »

Dans une seconde partie nous passerons rapidement en revue diverses législations étrangères, de l'examen desquelles il ressortira que le Code de 1808, après avoir été en vigueur dans plusieurs États de l'Europe, a été condamné par l'expérience des peuples. L'Autriche, la Belgique, l'Allemagne, organisent sérieusement les droits de la défense pendant l'instruction préparatoire.

Enfin nous reviendrons en France pour signaler les réformes qu'il est question d'introduire dans nos lois criminelles, et exposer le projet de loi voté dans ce but par le Sénat, le 5 août 1882.

(1) Nous laissons de côté la procédure spéciale des flagrants délits.

(2) Volt, *Commentaire des délits et des peines*, art. 22.

PREMIÈRE PARTIE

CODE DE 1808

CHAPITRE PREMIER

DE L'ARRESTATION

SECTION PREMIÈRE

DES MANDATS.

§ 1. *But et caractères généraux des mandats.*

Un crime ou un délit vient d'être commis et constaté, il s'agit d'en découvrir les auteurs. Le premier soin du juge d'instruction est de mander dans son cabinet, afin de les entendre, les personnes sur lesquelles planent les soupçons ; et, comme il est à craindre qu'elles ne cherchent à se dérober par la fuite aux investigations de la justice, celle-ci doit être armée du droit de les arrêter et même, s'il y a lieu, de les garder en prison.

Le Code établit quatre mandats, dont les uns autorisent l'arrestation ; les autres, la mise en état d'emprisonnement des inculpés.

Le mandat de comparution (art. 91) est l'assignation faite à l'inculpé de se présenter volontairement et librement devant le juge, pour y donner des explications sur les faits qu'on lui reproche.

Le mandat d'amener est une injonction faite aux agents de la force publique de conduire de gré ou de force l'inculpé devant le magistrat.

Quant aux mandats de dépôt et d'arrêt, c'est l'ordre donné par le juge aux agents d'emmener l'inculpé dans la maison d'arrêt, et au concierge de cette maison d'avoir à l'y écrouer.

En principe, c'est le juge d'instruction seul qui décerne les mandats d'arrestation. Le législateur, sentant combien il est difficile de poser des règles *a priori* dans une matière où les circonstances de la cause, la nature du fait incriminé, la moralité de l'inculpé doivent avoir une influence légitime, a remis au magistrat des pouvoirs souverains. Lui seul choisira le mandat à délivrer et discernera les hypothèses dans lesquelles il y a lieu de recourir à cette mesure, celles au contraire qui n'en réclament point l'application.

Tout individu peut-il donc être arrêté en vertu du plus léger soupçon, dès qu'un crime a été commis, sous prétexte qu'il en est l'auteur, sans qu'aucune charge précise et probante le désigne personnellement aux investigations judiciaires ?

L'ordonnance de 1670 avait prévu la question et décidait (art. 1, tit. X) que le décret ne pouvait être dé-

cerné qu'autant qu'il y avait eu information préalable et que la personne visée par lui était sous le coup d'une présomption sérieuse de culpabilité, justifiée par des indices graves (tit. XIX, art. 1).

L'art. 40 du Code porte également, pour le cas de flagrant délit, que le procureur de la République ne pourra faire arrêter des personnes présentes, que celles contre lesquelles il existerait des indices graves. C'est la reproduction exacte des textes mêmes de l'ordonnance.

Nous croyons que l'art. 40 domine toute l'instruction préparatoire et s'impose au juge d'instruction comme au procureur de la République. Sans doute ce texte est inséré au titre des flagrants délits ; sans doute il ne parle que du magistrat du parquet ! Mais l'esprit de la loi est clair : c'est une garantie générale qu'elle veut donner aux justiciables contre une arrestation légère ou imprudente, sans s'attacher à la qualité du magistrat qui l'ordonne. Il faut des indices graves au cas de flagrant délit, dans un moment où la crainte de laisser échapper un coupable et de perdre avec lui les preuves que sa capture immédiate peut procurer, autoriserait quelque précipitation dans la décision du magistrat ; à plus forte raison en faut-il dans les cas qui ne supposent aucune (1) urgence !

(1) En ce sens : Mangin, *Inst. écr.*, t. I, p. 246 ; F. Hélie, t. IV, p. 618 ; Bourguignon, *sur l'art. 91*.

L'art. 40 devenant la règle de conduite du magistrat instructeur, quelle est la portée de cette solution ? L'arrestation opérée en l'absence d'indices graves, sans qu'il y ait la preuve d'une relation quelconque entre celui qu'elle frappe et le fait incriminé, rendrait-elle le juge coupable d'un attentat à la liberté individuelle, crime prévu et puni par l'art. 114 du Code pénal ? Non. Ceux qui, comme nous, pensent que l'art. 40 pose une règle générale et absolue, applicable au juge d'instruction, reconnaissent qu'à cette règle il manque une sanction ; et qu'il y a lieu d'établir une distinction entre les arrestations irréfléchies et téméraires, constituant des fautes professionnelles, et les arrestations entachées de dol, véritables crimes. « Sur ce point doctrine et jurisprudence (1) sont d'accord : « Les juges (2) d'instruction exercent le droit d'arrestation dans sa plénitude : ils sont appréciateurs souverains des circonstances dans lesquelles les mandats doivent être décernés. Si la loi a posé des règles pour les guider dans cette délivrance, ces règles dénuées d'une sanction précise, peuvent lier leur conscience ; elles n'enchaînent point leurs actes par le frein salutaire d'une responsabilité sérieuse. Les inculpés restent sans recours contre l'exercice abusif que le magistrat ferait de son pouvoir, lorsque par exemple il les priverait de leur liberté sans nécessité. La loi ne leur a laissé que

(1) Cass., 23 juillet 1806.

(2) F. Hélie, *Inst. crim.*, t. IV, p. 618.

le droit de porter plainte au procureur général, sous la surveillance desquels les juges d'instruction sont placés recours illusoire et toujours sans effet. C'est là une de ces lacunes qui accusent une législation en révélant l'absence des premières garanties qu'un accusé doit trouver dans la procédure.

« Mais si l'acte sort des pouvoirs confiés au magistrat par la loi ; si la gravité de la faute lui imprime le caractère du dol ; si enfin la prévarication devient manifeste, la loi en assure la répression dans les art. 114 et suiv. du Code pénal. »

§ 2. *Des mandats de comparution et d'amener.*

Nous avons indiqué, en les définissant, la grosse différence qui sépare ces deux mandats. Le mandat de comparution est une simple invitation à se présenter devant le magistrat, sans qu'aucune contrainte physique puisse être exercée contre le prévenu, qui n'y obéit pas.

Tout autre est le mandat d'amener. C'est un ordre à l'exécution duquel la force publique doit prêter son concours. Le prévenu refuse-t-il de comparaître immédiatement et de bonne grâce ? L'officier de police, porteur du mandat, a le devoir de l'arrêter aussitôt et de le conduire devant le juge d'instruction. De là en pré

vision d'un refus ou d'une tentative d'évasion, un certain déploiement de force publique, nécessaire à l'exécution du mandat d'amener; de là un éclat funeste qui éveille l'attention et répand contre celui qui en est l'objet une opinion fâcheuse, dont sa réputation se relèvera difficilement, quelle que soit l'issue de la procédure préparatoire.

Mais si ces mandats se distinguent par la sanction qu'ils comportent quand le prévenu refuse d'y obtempérer, leur but d'autre part est commun, leurs conséquences à peu près identiques au regard du prévenu obéissant. Leur but est commun, car ils se proposent l'un et l'autre de mettre l'inculpé en face du juge pour qu'il soit informé (1) du crime ou délit qu'on lui impute; pour qu'il soit entendu en ses explications et produise ses moyens de défense. Leurs conséquences identiques, car tous deux sont également impuissants à constituer l'état de détention préventive. L'art. 93 en effet dispose que le citoyen qui accède au mandat de comparution doit être interrogé de suite; dans le cas de mandat d'amener, l'interrogatoire doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures. Durant ce laps de temps, le prévenu n'est pas en état de détention : il est seulement tenu à la disposition du juge, et il ne peut l'être que pendant ce temps là. Toute incarcération, tout délai plus long s'écoulant entre l'arrestation et l'in-

(1) Paris, 6 av. 1847, Ch. d'acc.

terrogatoire serait un acte (1) abusif et illégal (article 609 Inst. crim.).

Le mandat d'amener, mesure de contrainte, susceptible d'entraîner pendant vingt-quatre heures privation de la liberté, ne doit être employé qu'avec la plus grande réserve et dans les circonstances graves.

Tout d'abord il faut, pour qu'il puisse être délivré, que la condamnation encourue par le délinquant soit celle de l'emprisonnement. Les faits qui sont punis d'une peine privative de liberté, peuvent seuls justifier pendant l'instruction des atteintes à cette même liberté. C'est logique, car il ne faut pas traiter plus sévèrement les prévenus que les coupables ; et ceci résulte également de l'art. 131 :

« Si le fait, dit cet article, qui donne lieu à la poursuite, vient à se modifier au cours de l'instruction de manière à n'entraîner qu'une peine pécuniaire, le prévenu doit immédiatement être mis en liberté. » C'est donc qu'il n'est pas permis de la lui enlever même pendant vingt-quatre heures, si dès le début de l'information l'amende seule paraît encourue, et que le

(1) Cass., 4 av. 1840. A Paris cette règle est souvent violée. Les prévenus sont quelquefois gardés dans une chambre de sûreté pendant deux ou trois jours, par le commissaire de police. Ils sont très sommairement interrogés dans les vingt-quatre heures de leur arrivée au dépôt de la Préfecture de police.

mandat de comparution (1) doit être délivré ici à l'exclusion de tout autre.

Pour tous les autres cas, l'art. 91 du Code d'instruction criminelle était primitivement ainsi conçu : « Lorsque l'inculpé sera domicilié et que le fait sera de nature à ne donner lieu qu'à une peine correctionnelle, le juge d'instruction pourra, s'il le juge convenable, ne décerner contre l'inculpé qu'un mandat de comparution, sauf, après l'avoir interrogé, à convertir ce mandat en tel autre qu'il appartiendra. Si l'inculpé fait défaut, le juge d'instruction décernera contre lui un mandat d'amener. Il décernera pareillement un mandat d'amener contre toute personne, de quelque qualité qu'elle soit, inculpée d'un délit emportant peine afflictive ou infamante. »

Contre tout individu domicilié, en cas de délit correctionnel, le juge était invité à ne décerner qu'un mandat de comparution, l'existence d'un domicile et le caractère relativement léger de l'infraction permettant de croire que le prévenu ne chercherait pas à se soustraire par la fuite aux poursuites judiciaires. D'ailleurs ce n'était là qu'une faculté pour le juge qui demeurerait le maître de recourir immédiatement au mandat d'amener, si l'examen des personnes et des faits lui paraissait justifier cette mesure. En règle générale, dans cette hypothèse, le mandat de comparution devait être

(1) En ce sens, C. de Douai, 21 mars 1831 ; F. Hélie, t. V, p. 765 ; Dutruc, *Détent. prév.*, p. 42, note 2.

seul usité. C'est ce qu'écrivait M. de Serres dans sa circulaire ministérielle du 10 février 1819 : « Toutes les fois qu'il s'agit de simples délits et que le prévenu est domicilié, le juge d'instruction doit habituellement se borner à décerner un mandat de comparution, sauf à le convertir en tel autre mandat qu'il est jugé nécessaire. Le législateur indique qu'on ne doit pas sans motifs graves, user de contrainte envers un individu qui présente une garantie. »

Mais l'art. 91, qui armait contre les délinquants domiciliés, le juge d'instruction d'une faculté redoutable, conduisait à des conséquences plus rigoureuses encore, puisqu'il imposait sans réserve l'usage du mandat d'amener — contre les prévenus de délits non domiciliés — et contre tout inculpé de crime domicilié ou non.

En lui retirant ainsi le choix du mandat, la loi voulait enlever au juge tout moyen de céder à des considérations de situation sociale, de rang, de fortune, et lui ôter le pouvoir de frapper les malheureux en ménageant les puissants. Facultatif dans un cas, obligatoire dans les autres, le mandat d'amener devenait donc le droit commun du Code de 1808, et la liberté individuelle se trouvait sacrifiée à une illusion louable du législateur qui croyait sauvegarder l'égalité civile.

Dans l'ordre des faits, l'art. 91 fut souvent méconnu. La Cour de cassation elle-même essaya d'arracher le juge d'instruction à cette étreinte et le 8 novembre 1834 le déclarait : « souverain appréciateur des

circonstances dans lesquelles le mandat d'amener doit être décerné contre la personne inculpée, et partant investi du droit de ne lancer que le mandat de comparution, même s'il s'agissait d'un fait passible d'une peine afflictive et infamante. » Etait-ce bien là l'esprit de la loi ? On a pu le soutenir, mais à coup sûr, ce n'en était pas le texte et la Cour suprême (22 février et 22 avril 1847), reconnut bientôt son erreur (1).

Dès 1842, un projet de loi qui échoua à la Chambre des Pairs, avait été déposé dans le but de mettre fin à ces regrettables divergences. La Cour de Caen (2) s'emparant de la pratique quotidienne, établissait en termes excellents, la sagesse, l'utilité, l'urgence d'une réforme, qui rendait le juge d'instruction seul maître d'employer à son gré le mandat de comparution ou le mandat d'amener en matière criminelle, comme en matière correctionnelle. « Le juge, investi de ce pouvoir, usera de la faculté de ne décerner qu'un mandat de comparution dans les cas où maintenant il ne lancerait aucun mandat. En effet, lorsqu'il y aura des charges sérieuses, le juge n'hésitera point à priver l'inculpé d'une liberté dont il abuserait. Dans l'état actuel, comme l'exécution d'un mandat d'amener imprime toujours une certaine flétrissure, le juge n'emploie cette mesure rigoureuse qu'après un commencement d'ins-

(1) Rapport, 5 mai 1843 ; Débats, *J. offic.* 16 mai et s. 1843.

(2) En ce sens, Caen, 11 fév. 1837 ; Metz, 1^{er} août 1857.

truction, et lorsque les charges paraissent avoir acquis quelque poids. Durant cette période, le coupable peut prendre la fuite, intimider les témoins, supprimer les pièces de conviction. Si, au contraire, on permettait au juge de ne décerner qu'un mandat de comparution, il appellerait sur-le-champ l'inculpé, il l'interrogerait, et pourrait immédiatement le faire déténir, quand les soupçons seraient confirmés par l'interrogatoire. De cette manière la marche de la procédure serait plus sûre et plus rapide. »

La loi du 14 juillet 1865 trancha la question dans un sens favorable aux vœux de la Cour de Caen. L'art. 91 fut ainsi transformé : « En matière criminelle ou correctionnelle le juge d'instruction pourra ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à convertir ce mandat, après l'interrogatoire, en tel autre mandat qu'il appartiendra. »

« Désormais, dit le rapporteur (1), même en matière criminelle, le juge peut ne décerner qu'un mandat de comparution et ainsi épargner au prévenu les rigueurs et les humiliations du mandat d'amener. Il n'y a pas là un droit pour l'inculpé, mais une faculté pour le juge. Il était astreint au mandat d'amener; il pourra s'en abstenir désormais, mais il est libre d'y recourir : en fait il en usera toujours dans les accusations d'une certaine gravité. »

(1) Carette, *Lois annotées*, 1865, p. 99.

Cette disposition fut vivement combattue au nom de l'égalité civile par MM. Fabre et Picard : « Le pouvoir discrétionnaire laissé au juge quant à la détermination de l'espèce de mandat qu'il convient de décerner, est incompatible avec le principe d'égalité qui est la base de la justice, car il n'est pas possible que le juge traite avec la même rigueur l'inculpé d'une humble condition et celui que protégerait une position considérable. La loi doit tracer une règle uniforme pour rétrécir le cercle de l'arbitraire. » — La pratique antérieure que le nouvel art. 91 régularisait, et ce qui s'est passé depuis démontrent l'inanité de ces craintes. Les juges d'instruction s'inspirent, dans le choix du mandat, non de la situation sociale des prévenus, mais des charges, des dangers de fuite, et de la nature des infractions. D'ailleurs toute égalité absolue serait ici un rêve. A des actes infiniment variables en gravité, à des justiciables, dont les uns, domiciliés, entourés de famille, enchaînés par des intérêts fixes, présentent des garanties contre la fuite, dont les autres, gens sans aveu, sans profession, sans lien d'attache, n'en offrent aucune, il est juste qu'on applique des traitements différents. Le mandat d'amener se trouve pleinement justifié contre ceux-ci, alors que contre ceux-là, il ne serait qu'une précaution inutile et par conséquent odieuse et vexatoire.

Le juge d'instruction apprécie donc souverainement s'il doit décerner l'un ou l'autre des deux mandats. Il

n'y a plus qu'un seul cas, et il existait déjà dans le Code de 1808 où le mandat d'amener soit nécessairement décerné (art. 91, § 2). C'est quand le prévenu, atteint par le mandat de comparution, a fait défaut. Dans ce cas le mandat d'amener doit être immédiatement lancé contre lui. Le juge ne peut pas se soustraire à cette obligation.

Aux yeux de la loi, en effet, le prévenu qui reste sourd à cet appel, sans ajouter précisément à la gravité de son délit, se rend coupable d'une sorte de désobéissance : « car c'est la moindre chose qu'on doive à la justice que de comparaître quand il est dit (1). » Il importe d'autre part à l'ordre public que les injonctions du juge soient promptement suivies d'effets, toute résistance immédiatement brisée, tout manquement sévèrement réprimé. C'est à cette fin et pour armer en quelque sorte le juge contre lui-même, le prémunir contre sa propre faiblesse, que l'art. 91, n° 2, est impératif et s'applique fatalement dans tous les cas où une excuse valable ne couvre pas l'absence du prévenu.

Pour puissants que soient ces arguments, ils nous paraissent insuffisants à justifier le caractère inflexible du texte. Sans doute il faut assurer le respect dû aux commandements des magistrats, sans doute il faut que leur exécution ne dépende pas du caprice des jus-

(1) P. Ayrault, *Ordre, forme et inst. judic.*, liv. III, part. I, n° 13, p. 390.

ticiables, et de ce chef, s'il se bornait là, nous pourrions approuver l'art. 91 : mais c'est qu'il va beaucoup plus loin ! Et, en effet, de ses termes absolus, il faut conclure et conclure nécessairement que le mandat d'amener sera lancé, même si la peine encourue est une simple amende, c'est-à-dire dans un cas où régulièrement il n'y a point place pour lui (1). Et voilà un homme, simple prévenu, arrêté brutalement pour un délit à l'occasion duquel, une fois condamné, il ne peut être frappé d'aucun châtement corporel. Singulière contradiction dans une loi qui désire que la liberté individuelle demeure intacte, toutes les fois que la peine encourue est seulement pécuniaire ! — Cette anomalie est-elle la seule ? Non. Dans l'art. 91, § 1, le juge d'instruction est déclaré souverain appréciateur des décisions à prendre. La loi s'en remet à sa prudence éclairée, à sa conscience, à son tact. Dans le second, sans que la situation ait empiré, sans qu'aucun élément ait surgi, exigeant des mesures de salut public, le législateur inquiet, enjoint au juge de faire usage d'une arme terrible contre le prévenu. Dès lors que deviennent ces qualités du magistrat, zèle, loyauté, intelligence, auxquelles le législateur confiait tout à l'heure sans réserve la défense sociale ? Méritent-elles tant de confiance dans un cas et si peu dans

(1) Morin, *Journ. de droit crim.*, art. 8112, p. 292 ; Dutruc, *Code Dét. prév.* sur l'art. 91, n° 2.

l'autre ? Et cependant au lieu de frapper aveuglément le prévenu d'une sorte de peine, n'y aurait-il pas lieu d'apprécier si la faute le mérite et si l'intérêt de la justice le demande ?

Il nous paraît donc sage de remplacer dans l'art. 91, § 2, le mot : « décernera » par ceux-ci : « pourra décerner. » Cette faculté, conférée au juge, sans nuire à la répression, rétablira dans la loi l'harmonie qu'une disposition impérieuse en a chassée.

Tel qu'il est, le Code, modifié par la loi de 1865, n'impose au magistrat le mandat à décerner que dans deux hypothèses : le mandat de comparution quand la peine est simplement pécuniaire ; le mandat d'amener quand le prévenu n'a pas répondu au mandat de comparution. Dans tous les autres cas, le juge d'instruction choisit librement l'un ou l'autre.

§ 3. *Des mandats de dépôt et d'arrêt.*

Les mandats de dépôt et d'arrêt constituent l'inculpé en état de détention préventive.

Cette mesure est légitime. Elle est réclamée par la sûreté générale, parce qu'un premier crime peut entraîner son auteur à en commettre un second ; et par les intérêts supérieurs de la justice, parce qu'il est à craindre que les malfaiteurs n'échappent en fuyant, aux conséquences pénales de leurs fautes.

Garantie de l'exécution des jugements, la détention préalable n'est pas moins utile à l'instruction. C'est elle qui, en prévenant les manœuvres frauduleuses, assure la recherche et la conservation des preuves, la présence de l'inculpé aux confrontations et aux (1) interrogatoires. Elle protège enfin les scélérats contre les vengeances immédiates, les exécutions sommaires, les applications cruelles de la loi (2) de Lynch.

A côté de ces avantages, nous devons constater que la détention préventive est une atteinte grave à la liberté de celui qu'elle frappe, victime peut-être d'injustes soupçons ou d'apparences trompeuses; que l'ordre du juge, exécuté brutalement, parfois publiquement et avec éclat, va jeter le trouble et l'effroi dans l'âme du prévenu; et le livrer sans qu'aucune réparation ultérieure soit possible, aux insinuations perfides, aux ressentiments calomnieux, aux curiosités indiscreètes de la foule.

La loi ne doit donc sacrifier tant et de si grands intérêts qu'à des nécessités absolues de sécurité sociale et de justice. Elle s'en remet, pour les apprécier, à la prudence du juge d'instruction.

C'est à lui qu'il appartient de choisir librement entre les deux mandats de dépôt et d'arrêt; et de voir si les circonstances réclament ou non l'emprisonnement im

(1) F. Hélie, t. V, § 379, 749.

(2) Clolus, *Dét. prév.*, p. 49.

médiate de l'inculpé; son pouvoir (1) est absolu. Il doit sonder la gravité des charges déjà recueillies, et ne recourir à une mesure si redoutable, qu'autant qu'il y a des présomptions très sérieuses de culpabilité. Ce principe qui domine toute la théorie du droit d'arrestation doit être ici surtout la préoccupation constante du magistrat, parce qu'il ne s'agit plus de toucher pour quelques heures seulement à la liberté individuelle, mais de la supprimer pendant un laps de temps indéterminé.

Trois règles s'imposent au juge d'instruction :

1° Le prévenu ne peut être l'objet d'un mandat de dépôt (2) ou d'arrêt qu'après avoir été interrogé (art. 94, Instr. crim.).

Et, en effet, s'il est vrai que : « la loi (3) d'ouïr un accusé, et de faire et parfaire son procès avant que le juger soit loi partout, et que son origine procède de la

(1) Cass., 7 av. 1837, 1^{er} août 1822 et 4 août 1820; Paris, 13 mars 1855.

(2) Signalons à ce propos une petite controverse. Dans le Code de 1808, l'art. 94 n'exigeait formellement l'interrogatoire préalable qu'à propos du mandat d'arrêt. S'appuyant sur ces termes, M. Boitard (*Inst. crim.*, n° 113) enseignait que le mandat de dépôt pouvait être lancé avant que le prévenu eût été interrogé. Cette thèse, réfutée par M. F. Hélie (t. V, § 381) allait directement contre les désirs du législateur. Depuis 1855 (loi du 4 avril), le doute n'est plus possible : il faut, avant le mandat de dépôt comme avant le mandat d'arrêt, un interrogatoire.

(3) P. Ayrault, I, p. 7.

droite et éternelle raison », il faut en dire autant avant de l'emprisonner. Au moment de l'atteindre dans sa liberté, de le priver de ses intérêts les plus chers, la justice doit à l'inculpé de le mettre à même, en se disculpant, d'échapper à un traitement rigoureux. De là, la nécessité de l'interrogatoire préalable qui lui permet de produire ses moyens de justification, et de démontrer son innocence. Se présentant volontairement pour répondre au mandat de comparution, ou arrêté en vertu du mandat d'amener, il est donc entendu par le juge. Détruit-il les charges qui pèsent sur lui ? C'est un renvoi immédiat en liberté. Demeurent-elles intactes ? Un mandat de dépôt ou d'arrêt le fait aussitôt écrouer.

La jurisprudence (1) et, depuis 1865, la loi assimilent à l'inculpé, qui ne s'est pas dégagé des accusations portées contre lui, celui qui est en fuite. Dans ce cas, avant de l'avoir entendu, le juge peut décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt. Et c'est juste, car en s'éloignant ainsi, l'inculpé manifeste la crainte qu'il a de la justice, et confirme en quelque sorte la prévention. La loi, d'ailleurs, abandonne aux lumières et à la conscience du juge le soin de voir s'il y a lieu de décerner le mandat : elle ne l'y oblige point.

2° Le mandat de dépôt ou d'arrêt ne peut être décerné

(1) Cass., 4 août 1820 ; 22 juin 1839 ; nouvel art. 94 (loi du 14 juillet 1865).

que si le fait punissable est passible de la peine de l'emprisonnement ou d'une autre peine plus grave.

Au cas d'amende, il n'en peut être fait usage, par cette excellente raison qu'il serait inique de frapper un simple prévenu d'une peine que sa condamnation n'autoriserait pas (1).

3° La délivrance des mandats d'arrêt et de dépôt doit être précédée d'un commencement d'information.

Les indices graves, qui seuls autorisent les atteintes à la liberté individuelle, ont pris une certaine consistance; des présomptions sérieuses de culpabilité ont été recueillies; les réponses de l'inculpé, loin de diminuer les charges, rendent l'accusation plus vraisemblable; c'est encore un prévenu, c'est déjà presque un coupable ! Basé là-dessus, fort des résultats de l'enquête préparatoire, frappant pour ainsi dire à coup sûr, le juge d'instruction place l'inculpé sous la main de la justice.

Toutes ces règles commandées par le bon sens, sont confirmées et développées par les instructions du ministère de la justice : « Il est sans doute superflu de rappeler que la délivrance des mandats d'arrêt, qui sont soumis d'ailleurs à des formalités spéciales, doit toujours être précédée de l'interrogatoire des prévenus, et même, le plus souvent, d'un commencement

(2) Argument des art. 94, 129, 131, *Inst. crim.* En ce sens, Duverger, *Man. des J. d'inst.*, n° 419; Mangin, n° 147, *Inst. écr.*; Dalloz, *Rép. gén. Inst. crim.*, n° 632; Cass., 21 mars 1831.

d'information. Mais en retraçant ces dispositions tutélaires qui ne doivent pas rester oubliées dans le Code d'instruction criminelle, il est utile d'ajouter que la circonspection des magistrats doit aussi être là pour tous les citoyens une sauvegarde et une garantie de plus contre des soupçons trop légèrement conçus ou des désignations indiscreètes, qui compromettraient mal à propos la liberté individuelle « (Circul. de Serres, 10 fév. 1819).

Nous venons d'étudier les prescriptions communes, aux deux mandats : il y en a quelques-unes, qui sont spéciales au mandat d'arrêt.

D'abord il doit être précédé des conclusions du procureur de la République.

Cette intervention d'un second magistrat est une précaution prise contre la possibilité d'une erreur, et un moyen de défense donné à l'inculpé qui répondra aux réquisitions du parquet. Malheureusement, pour louable que soit le but, il n'est pas atteint et les conclusions du ministère public rentrent dans la catégorie de ces : « garanties (1) illusoires, qui deviennent rapidement des clauses de style, sans bénéfice réel pour la sécurité. »

Le mandat d'arrêt doit en outre (art. 96, Inst., cr.) contenir l'indication du fait pour lequel il est décerné

(1) *Journ. officiel*, 14 janvier 1880, projet de réforme du Code d'Instr. crim. Exposé des motifs.

et la citation de la loi qui déclare que c'est un crime ou un délit. Cette double mention n'est pas exigée dans le mandat de dépôt (1), et cette absence est amèrement critiquée par M. Mangin (2) : « Une législation, dit-il, qui permet d'arrêter et de détenir un individu sans que l'acte qui le prive de sa liberté, l'instruise du fait qui lui est imputé, sans qu'il emporte avec lui la preuve de sa légalité par l'indication de la loi sur laquelle il est fondé, est véritablement une législation oppressive. Elle place les citoyens dans l'impossibilité de réclamer contre leur arrestation. »

Donc il est certain que la nécessité des conclusions du procureur de la République et de quelques énonciations destinées à défendre la liberté individuelle contre les égarements de la justice ou les abus de pouvoir, s'applique au seul mandat d'arrêt et que le mandat de dépôt y échappe complètement. D'où vient cette différence, et puisque l'un et l'autre ont pour but unique de procurer l'incarcération du prévenu, que cette incarcération, illimitée en principe, et subordonnée aux besoins de l'instruction, prendra fin par les mêmes événements, comment se fait-il que l'analogie ne soit pas complète? C'est que les dissemblances entre les deux mandats étaient nombreuses autrefois : le mandat de dépôt, dans la pensée du législateur de 1808,

(1) Cass., 7 janv. 1868; Nancy, 8 av. 1865.

(2) Mangin, *Inst. écr.*, n° 138. En ce sens Faustin Hélie, t. V, p. 792.

devait être exceptionnel et provisoire, réservé pour les cas urgents : « pour ceux (1) où on ne pourrait mettre de suite le prévenu en arrestation ou en liberté avec une entière connaissance de cause. » La détention qu'il engendrait devait donc être de courte durée, et, voyant ainsi dans le mandat de dépôt une mesure transitoire, la loi se départissait des formes particulièrement solennelles et tutélaires du mandat d'arrêt.

La pratique, s'autorisant du silence imprudent des textes, et plus tard (loi du 14 juillet 1865) de la loi elle-même, méconnut ces idées. Elle fit du mandat de dépôt une mesure définitive et une règle générale. C'est ainsi que la diversité des formes survécut à la variété des effets, bien qu'elle n'ait eu de raison d'être que dans cette dernière.

Aujourd'hui le mandat d'arrêt n'est plus usité que dans trois cas :

1° Quand le prévenu est absent (2).

2° Quand le prévenu (art. 100, *Inst. crim.*) trouvé à plus de 5 myriamètres du domicile de l'officier qui a décerné le mandat, et deux jours après la délivrance du mandat d'amener, a été incarcéré en vertu d'un mandat de dépôt, ce sera au moyen d'un mandat d'arrêt que le juge d'instruction saisi de l'affaire, le fera transférer dans la maison d'arrêt du lieu où se fait l'instruction.

(1) *Locré*, t. XXV, p. 182.

(2) *Mangin, Inst. écr.*, p. 282 ; *Boitard, Inst. crim.*, n° 114.

3° Dans le cas d'extradition (Circul. min., 5 avril 1831).

Pourquoi l'emploi du mandat d'arrêt devient-il si rare ? parce que le mandat de dépôt procure aussi l'arrestation ; que le mode d'exécution est le même ; que l'autorité des deux mandats est semblable ; qu'ils ne peuvent être levés que de la même façon. L'un des deux mandats devait disparaître : ce fut le mandat d'arrêt, le moins commode. Le juge trouve plus simple, plus rapide, plus facile le mandat de dépôt, puisqu'il obtient des résultats identiques à ceux du mandat d'arrêt, sans avoir besoin de consulter le parquet, et sans avoir l'obligation, souvent embarrassante au début de la poursuite, d'articuler le fait qui la motive et de le qualifier.

Mais la liberté individuelle souffre de cette pratique.

Supposez (1) en effet que le juge d'instruction, au lieu de délivrer, suivant l'usage, le mandat d'arrêt, décerne contre l'inculpé en fuite un mandat de dépôt. L'homme est saisi, placé sous les verrous, ignorant le motif de son incarcération. Il ne sait si le juge qui l'a fait arrêter, en avait le droit. » Comment opposera-t-il l'incompétence territoriale, s'il n'a pas pleine et entière connaissance du fait incriminé ? Et cependant (2) le mandat est nul s'il émane d'un instructeur incompétent ! Et cependant la compétence est

(1) Boitard, *Instr. crim.*, p. 339, n° 113 ; Dalloz, *Rép. gén. inst. crim.*, n° 630.

(2) Cass., 5 mai 1832 ; Mangin, n° 140 ; Rauter, *Traité de droit crim. français*, t. II, n° 699.

d'ordre public ! Pourquoi donc supprimer ou tout au moins entraver la faculté qu'a le prévenu, de faire valoir ses droits incontestables ?

« En vain, objecterait-on que ce mandat est ordinairement précédé d'un interrogatoire. La loi n'a pas réglé les formes de l'interrogatoire. Sur ce point, les dispositions de l'ordonnance de 1670 guident seules le magistrat, bien qu'elles n'aient plus qu'une valeur doctrinale. Si donc le juge se borne à interroger l'inculpé sur les points de détail et réserve, pour un interrogatoire ultérieur, l'inculpation proprement dite, l'individu subira un certain temps de détention préventive avant de savoir d'une façon précise l'infraction qui lui est imputée, d'où cette conséquence qu'il ne peut immédiatement se justifier » (1).

Ces critiques montrent bien que les justiciables ne possèdent pas toutes les garanties dues à la liberté individuelle, et qu'il y a loin de l'état actuel des choses au maximum de garanties réalisables. L'omnipotence du juge, l'absence dans l'ordre d'écrou des indications qui expliquent les causes de la détention, et permettent au prévenu de se disculper sur-le-champ, ont pu justement faire taxer le mandat de dépôt de « lettre de cachet (2) » et notre Code de « législation oppressive. »

(1) Tessier, *Réf. urg. Inst. crim. et liberté indiv*, p. 29.

(2) Tessier, p. 2 ; Mangin, n° 138.

§ 4. *Voies de recours ouvertes à l'inculpé contre les mandats.*

Dans l'ancien droit (ordon. de 1539, art. 163 ; ordon. de 1670, tit. 26, art. 1 et 2), l'inculpé pouvait attaquer les décrets rendus contre lui. Ce recours ne suspendait aucun des actes de la procédure, et à ce titre, sauvegarde puissante des intérêts de l'individu, ne portant aucune atteinte à ceux de la société, il eut mérité de trouver place dans nos lois.

Mais le Code de 1808 n'en parlait pas. La jurisprudence, appelée à se prononcer sur ce point, n'accorda la faculté d'attaquer l'ordonnance du juge que dans deux hypothèses (1). Cette manière de voir fut aussi celle du législateur de 1856. Le nouvel article 135 (loi du 17 juillet 1856) porte : « Le prévenu ne pourra former opposition qu'aux ordonnances rendues en vertu de l'art. 114, c'est-à-dire statuant sur une question de mise en liberté provisoire, et dans le cas de l'article 539, c'est-à-dire quand le juge s'est déclaré compétent malgré l'exception d'incompétence soulevée contre lui. »

(1) Cass., 30 déc. 1813, 7 nov. 1816, 14 mai 1819; Grenoble, 29 mars 1834; Lyon, 31 janvier 1834; Limoges, 21 février 1843; Nancy, 3 mars 1849; Paris, 27 avril 1833,

Ce texte est évidemment absolu et limitatif (1), l'inculpé ne peut pas attaquer le mandat décerné contre lui. Il est ainsi privé de cette précieuse garantie qui consiste à faire contrôler, dès le début de l'instruction, les premiers actes du juge. Dans son ardent désir d'armer fortement la répression qui l'a conduit à voir dans l'homme simplement dénoncé, non plus un innocent, mais un coupable (2), le législateur commet au magistrat un pouvoir discrétionnaire et de plus sans contrôle. C'est en vain que des protestations généreuses s'élèvent contre cette création unique dans nos lois d'une juridiction sans appel (3); le texte de l'art. 135 et les travaux préparatoires de la loi (4) de 1856 ne laissent aucun doute là-dessus. Le juge d'instruction est tout-puissant et ses décisions sont souveraines. Et cependant : « si la règle des deux degrés de juridiction qui domine tout notre droit, qui a survécu à toutes les attaques, est réellement utile, c'est surtout lorsque la première sentence émane d'un seul juge, et lorsque ce juge, investi d'un pouvoir discrétionnaire, peut prendre des mesures qui frappent les individus dans leurs intérêts les plus chers ! Comment

(1) Cass., 3 janvier 1861, *Journ. min. public*, t. IV, p. 84 avec commentaire en note.

(2) Paroles de J. Favre, Disc. 11 mai 1864.

(3) Mangin, *Inst. écr.* t. I, p. 32; Faustin Hélie, t. V, p. 481 et suiv.

(4) Loi de 1856. Carette, *Lois annotées*, 1856, p. 417, n° 4.

admettre que la loi qui accorde au juge d'instruction un pouvoir discrétionnaire en matière d'arrestation et de perquisition, ait eu en lui cette confiance aveugle qu'elle donne à ses décisions un caractère souverain, quand il s'agit de mesures qui intéressent la sûreté générale ? Quoi ! deux des parties en cause, la partie publique et la partie civile ont une voie de recours contre les ordonnances du juge, et l'inculpé en est privé ! Le Code n'a-t-il point poussé le dédain des droits de la défense jusqu'à l'injustice (1) ? »

Toutefois, l'inculpé n'est pas complètement désarmé contre les mandats ou les actes du juge d'instruction, qui le blessent personnellement (2) : « Il peut s'adresser au procureur général qui jouit sur le juge d'instruction d'un droit de surveillance ; il a le droit de prise à partie, celui de demander le renvoi devant un autre juge d'instruction pour cause de suspicion légitime ; enfin, il est libre de solliciter de la Cour le droit d'évocation, qui lui appartient dans tous les cas. »

De ces garanties la première est insuffisante, car elle ne peut qu'attirer aux magistrats des réprimandes sévères, dont l'autorité sera purement morale. Et quant aux autres, à cause de leur gravité même, et des lenteurs de la procédure, elles satisfont mal la raison. Le moyen le plus sûr de protéger efficacement l'inculpé

(1) Mangin et Faust Hélié. *loc. cit.*

(2) Cour de Paris, arrêt du 27 avril 1833.

celui qui se présente le plus naturellement à l'esprit paraît être de faire contrôler par une juridiction supérieure les sentences du juge d'instruction. Ce serait aussi l'application pure et simple d'un principe général de notre droit.

§ 5. *Exécution des mandats.*

L'exécution du mandat de comparution consiste en une simple notification faite au prévenu par voie d'huissier (art. 97).

Celle des autres mandats, qui peut réclamer l'intervention de la force publique, est confiée à Paris aux agents de la sûreté, et en province à la gendarmerie. Les formes en sont réglées soigneusement par la loi (art. 68 et 69, Proc. civ., 97, 99, 100, 107, 111, Inst. crim.).

Les représentants de l'autorité doivent assurer leur plein et entier effet aux ordres du juge. Le prévenu refuse-t-il d'y obéir? Ils s'empareront de sa personne. prendront les mesures nécessaires pour empêcher son évasion et vaincre sa résistance. Mais toute violence et toute brutalité inutiles sont sévèrement proscrites, C'est ainsi que les agents ne doivent faire usage de leurs armes qu'à la dernière extrémité et ne maltraiter

le prévenu, que si son attitude les met en état de légitime défense (1).

A plus forte raison aucun mauvais traitement n'est permis, soit en paroles, soit en actions, contre le prisonnier désormais impuissant, même pour se venger de la résistance qu'il aurait opposée aux agents (2). Il y aurait là une lâcheté odieuse et une violation éclatante du droit. Une fois arrêté en effet et placé sous la main de la justice, il n'appartient plus qu'à ses juges naturels qui seuls ont le droit de le punir du crime qui lui est reproché et, s'il y a lieu de sa rébellion.

Le mandat s'exécute tous les jours indistinctement et en quelque lieu que ce soit. Rien n'est plus simple quand il s'agit d'arrêter l'individu sur la voie publique ou dans les lieux ouverts au public. Mais la question est délicate quand il faut aller le chercher dans son domicile, car la maison de chaque citoyen est un asile inviolable et nul n'a le droit d'y pénétrer sans son consentement (3).

(1) Const. 24 juin 1793, *Décl. des droits*, art. 11; Const. 5 fructidor, an III, art. 132. Règl. du 20 mars 1815, art. 15, sur la maréchaussée.

(2) De pareils faits ne sont point inconnus à la Préfecture de police. Conseil munic. de Paris, séance du vendredi 2 juin 1882, interpel. de M. Yves Guyot. Chambre des députés, séance du 6 juin 1882, interpel. de M. de Lanessan.

(3) Art. 8, tit. I, loi des 19-22 juillet 1791; art. 339, const. du 5 fructidor, an III; art. 76, Const. du 22 frimaire an VIII; art. 131, loi du 28 germinal an VI, sur la gendarmerie; art. 5 Const. de 1848; art. 184 Code pénal.

C'est là un des principes fondamentaux de notre droit public. Cependant, pour absolu qu'il soit, il est naturel qu'il s'incline devant les nécessités de la sûreté générale. C'est qu'en effet autant cette règle se justifie quand elle protège des citoyens contre toute espèce de troubles arbitraires, qu'ils émanent de simples particuliers ou de fonctionnaires publics autant elle paraîtrait absurde, si elle avait pour résultat de soustraire les malfaiteurs aux investigations de la police judiciaire. Il faut donc que le juge chargé de les découvrir et de les atteindre, puisse les traquer jusque dans leurs habitations personnelles et pour cela soit armé du droit d'y pénétrer de vive force.

La loi le lui donne. Après avoir déclaré le domicile inviolable, elle ajoute : « Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi ou par un ordre émané d'une autorité publique » (Const. de l'an VIII).

De ce texte il résulte que le mandat peut bien être exécuté de jour, mais non de nuit (1); et que le juge serait impuissant à ordonner une exécution nocturne.

(1) Du 1^{er} oct. au 31 mars, de 6 heures du soir à 6 heures du matin, c'est la nuit; et du 1^{er} avril au 30 septembre, de 9 heures du soir à 4 heures du matin. Cette pratique est conforme à la loi (Décret du 4 août 1806; circ. minist. du 23 germinal an IV).

Cette règle, établie par la Constitution de l'an VIII, est encore en vigueur, car si le Code d'instruction criminelle ne l'a pas reproduite, au moins il ne l'a pas abrogée. Son silence même démontre qu'il s'est purement et simplement référé à la loi antérieure : si en effet l'on admet, et nul ne le conteste, que le domicile est inviolable, que c'est là un principe de droit public préexistant, supérieur aux variations qui atteignent les règlements d'organisation de la police judiciaire, on reconnaît en même temps la permanence des textes constitutionnels qui établissent cette inviolabilité, et il est logique de l'accepter dans les termes mêmes où ils la proclament et la limitent.

D'ailleurs notre doctrine est parfaitement conforme aux règles de l'interprétation juridique. Les exceptions sont de droit étroit, et comme ici le principe est l'inviolabilité du domicile, il faut se garder d'exagérer l'étendue des atténuations qu'il comporte, surtout en présence de la lettre et du caractère particulièrement solennel des lois, qui l'ont posé et tant de fois confirmé.

Invoquera-t-on contre nous l'art. 1037 (Proc. civ.) qui confère au juge la faculté d'autoriser certaines significations et exécutions pendant la nuit? Mais il est spécial aux matières civiles, et le Code d'instruction criminelle ne contient pas un mot qui permette de généraliser cette disposition.

Invoquera-t-on les art. 36, 49, 59 (Instr. crim.), en

vertu desquels, au cas de flagrant délit, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut se transporter de suite dans le domicile du prévenu pour y faire la perquisition des objets, papiers ou autres effets, jugés utiles à la manifestation de la vérité, ce qui semble impliquer le pouvoir de recourir à cette mesure, même de nuit? D'abord il n'est pas certain que, dans cette hypothèse particulière, l'art. 37 permette les visites domiciliaires nocturnes (1); ensuite, ne visant expressément que les cas de flagrant délit, il paraît bien devoir leur être spécialement réservé. Enfin, quand même les perquisitions faites dans le but de saisir les pièces de conviction seraient tolérées de nuit par la loi, il ne s'ensuivrait pas qu'elles le fussent, s'il s'agissait seulement d'arrêter le prévenu. En effet : pour empêcher la destruction des preuves du crime, des éléments de l'accusation, il faut que les agents puissent pénétrer à toute heure dans la maison. Sans ce droit, ils demeureraient spectateurs impuissants de manœuvres dont le résultat peut être l'effondrement de la poursuite, privée des moyens de démontrer la culpabilité. Mais pour saisir le prévenu, ils n'ont pas besoin de pénétrer chez lui pendant la nuit : il leur suffit de

(1) Un arrêt de Cass. du 22 thermidor an IV et Carnot (sur l'art. 36) les autorisent. *Contra*, Cass. crim., 5 novembre 1807; Dalloz, *Rép. gén.*, mot : *Inst. crim.*, n° 341. Legraverend, p. 247; Bourguignon, art. 36; Mangin, t. I, p. 368; F. Hélie, t. IV, p. 723 et t. V, p. 496; Boitard, art. 37.

cerner sa maison, et de prendre (1) toutes les mesures nécessaires pour prévenir sa fuite, en attendant le jour.

La pratique a trouvé un ingénieux procédé pour échapper aux embarras que pourrait lui créer l'application rigoureuse de la loi. Comme il n'est interdit de s'introduire nuitamment dans le domicile de l'inculpé, qu'autant que celui-ci oppose un (2) refus formel, l'agent, à qui est confiée l'exécution du mandat, s'arrange pour surprendre son consentement. Il se donne pour un ami ou pour un voisin : l'inculpé arraché brusquement au sommeil, trompé par les apparences, ouvre sa porte et se livre ainsi lui-même à celui qui l'arrête.

La loi, dit-on, n'a pas été violée, puisque c'est librement et par son fait personnel que l'inculpé a introduit l'agent dans sa demeure.

Nous ne saurions approuver un pareil subterfuge. La loi doit être respectée dans son texte comme dans son esprit, surtout par les dépositaires du pouvoir.

Nous croyons donc qu'il n'existe aucun moyen, direct ni indirect, de se soustraire aux conséquences de la défense qu'elle (3) porte de pénétrer de nuit dans

(1) Ordon. 29 oct. 1820 (art. 124); Décret du 1^{er} mai 1834, (art. 291).

(2) Cass., 1^{er} fév. 1822; 22 janv. et 12 juin 1829.

(3) Cass., 8 mars 1851 ; Riom, 4 janv. 1827; *Contra* : Paris, 29 aff. 1870, avr. Mégy. La Cour déclare valable et légale

le domicile d'un citoyen, pour s'assurer de sa personne; et que les agents qui méconnaissent cette règle ne sauraient être considérés comme agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

Toute résistance avec violences et voies de fait, opposée aux agents qui sont porteurs des mandats et se présentent conformément aux lois, est punie sévèrement par le Code pénal et qualifiée, suivant les cas, crime ou délit (art. 209).

Mais ici nous rencontrons une des questions les plus graves que soulève l'application de cette règle: doit-on considérer la résistance comme un délit, lorsqu'elle repousse l'exécution d'un mandat irrégulier?

L'art. 11 de la Constitution de 1793 répondait : « Tout acte exercé contre un homme, hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; et celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, a le droit de repousser la force par la force. »

Le droit de résistance ainsi établi d'une façon générale et absolue, menaçait d'énervier l'action de la force publique, d'encourager l'esprit de rébellion, de désorganiser l'ordre social.

Toutefois il n'a pas complètement disparu de nos lois.

l'arrestation de l'inculpé faite à son domicile pendant la nuit. Le principal argument servi à l'appui de cette doctrine, est l'art. 1037 Proc. civ.

En effet, un mandat d'arrestation doit pour être valable, revêtir certaines formes substantielles, destinées à protéger la liberté. En leur absence, il est nul ; illégale (1), la séquestration qu'il engendre, Pourrait-on punir, comme délinquant, celui qui s'oppose, la loi à la main, à l'exécution d'un ordre semblable, dénué de toute autorité, de tout caractère respectable?

Un mandat d'arrestation ne peut être exécuté que de jour : les agents qui en sont porteurs, veulent passer outre ; et, contrairement aux lois, pénétrer de nuit, de vive force, dans le domicile d'un citoyen, sans tenir compte de ses protestations. Est-ce un rebelle que celui qui résiste à cet attentat, et s'insurge non plus en violation de la loi, mais pour sa défense ? Nous ne le croyons pas.

En règle générale, tous les justiciables doivent une stricte obéissance aux fonctionnaires, représentants de la loi, chargés de veiller à son exécution. Mais quand ces mêmes fonctionnaires, oublieux de leurs devoirs, n'hésitent pas à employer des moyens arbitraires et illégaux, la résistance, désormais légitime, cesse d'être punie par la loi.

(1) Loi 3 sept. 1791, Décl. des droits, art. 7 ; Const. 24 juiv. 1793 ; Décl. de droits ; Const. 5 fructidor an III, art. 8, Décl. des droits ; Const. 22 frimaire an VIII, art. 77 s. ; Ch. 1814, art. 4 ; Acte add. 22 av. 1815 art. 61 ; Ch. 1830, art. 4.

Loin de nous la pensée de faire de la résistance un devoir, de l'ériger en système de défense, de la conseiller, en face d'actes illégaux! Celui qui en est la victime, doit être assez prudent pour en subir momentanément les conséquences sans se révolter : mais sera-t-il toujours maître d'un premier mouvement? Et, s'il ne mérite pas d'être loué pour n'avoir pas été prudent, a-t-il bien réellement encouru des peines pour s'être opposé à des exécutions que non seulement la loi n'autorise pas, mais qu'elle défend?

Le point délicat est d'indiquer exactement dans quelles circonstances la résistance à des mesures tyranniques sera permise, dans quelles hypothèses, au contraire, elle ne constituerait qu'un délit de rébellion, la qualité illégale de l'acte n'apparaissant pas clairement.

Il est impossible de poser un principe général. La faculté de résistance n'est évidemment pas susceptible d'être étendue, encouragée ou pratiquée largement sans danger pour le bon ordre et la paix publique.

Par exemple, le mandat d'arrestation est nul par l'une des raisons suivantes : il émane d'un magistrat (1) incompétent — il n'a pas été signé par le juge (2),

(1) Cass., 5 mai 1832; Mangin, n° 140; Rauter, *Droit crim. français*, t. II, n° 699.

(2) Cass., 5 sept. 1847; Mangin, n° 140; F. Hélie, t. IV, p. 644.

mais sa provenance n'est pas douteuse — il désigne le prévenu d'une façon insuffisamment (1) claire — ou bien, mandat d'arrêt, il ne contient ni l'énonciation du fait pour lequel il a été décerné, ni la citation de la loi, qui déclare que ce fait est un crime ou un délit (2). L'inculpé peut-il se prévaloir de ce vice pour résister aux agents sans se rendre coupable de rébellion? Non, sans doute.

L'idée fondamentale du droit de résistance nous semble le limiter aux cas très rares « où le fonctionnaire outragé commet une illégalité flagrante, constituant une violation manifeste et indiscutable du droit (3). »

Dans ces termes là, le droit de résistance peut être (4) reconnu, sans préjudice pour la société. C'est ainsi qu'il existait et s'appliquait (5) déjà dans l'ancien

(1) Cass., 29 nov. 1833.

(2) Cass., 5 sept. 1817; Legraverend, t. II, p. 317; Carnot, art. 95; Hélie, *loc. cit.*

(3) Cour de Paris, 20 janv. 1881.

(4) Cass., 16 av. 1812; Cass., 7 av. 1837; Limoges, 28 fév 1838; Rouen, 25 mai 1821 et 25 mai 1827; Amiens, 18 juillet 1827; Agen, 5 mars 1823; Lyon, 10 juin 1824; Riom, 9 mars 1828; Toulouse, 23 fév. 1826; Nîmes, 21 nov. 1826; Riom, 4 janv. 1827; Trib. Hazebrouck (*Journ. min. pub.*, t. III, p. 148, 17 nov. 1859).

(5) Arrêt parl. Paris, 5 mai 1788.

droit : « Il y a quelques cas, dit Jousse (1), où il est permis à celui qu'on veut emprisonner, de faire résistance ; et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère ; ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère. »

On se récrie sur la difficulté de distinguer si le mandat est légal ou non, l'acte d'arrestation régulier ou non ! Voilà chaque citoyen juge de la légalité des mesures que la police prend contre lui ! Mais : « est-ce que le Code n'a pas fait lui-même cette distinction ? Si personne ne peut être arrêté que dans les cas prévus par la loi et que dans les formes qu'elle détermine ; si la loi défend de s'introduire de nuit dans la maison des citoyens, comment peut-il arriver que celui qui s'oppose, en invoquant la loi, à la violation de son domicile, puisse, à raison de sa résistance, être légalement condamné aux peines prononcées par le Code pour le cas (2) de rébellion ? »

Cependant la jurisprudence, dans l'impuissance où l'on est de séparer par une règle absolue les hypothèses dans lesquelles la résistance est punissable de celles où, à l'inverse, elle s'explique et devient légi-

(1) *Traité de la just. crim.* part. IV, tit. XLV, n° 8.

(2) Carnot, Code pénal, art. 209.

time, a préféré, dans un grand nombre d'arrêts (1) dénier purement et simplement aux justiciables tout droit à la résistance; déclarer que l'individu qui s'oppose à l'exécution d'un ordre quelconque d'arrestation, n'en commet pas moins le délit de rébellion, pour illégal que soit cet ordre; et qu'il n'a d'autres garanties contre l'arbitraire que les recours ultérieurs ouverts par la loi à l'occasion d'un attentat à la liberté ou d'une violation de domicile, et l'action en dommages-intérêts pour réparation du préjudice causé.

§ 6. *Mainlevée des mandats.*

Il n'est pas question de donner mainlevée des mandats d'amener ou de comparution, puis qu'ils n'engendrent aucune détention; la question est donc spéciale aux mandats d'arrêt et de dépôt.

Le Code (art. 94) ne permettait pas au juge, qui avait décerné le mandat d'arrêt, d'en donner mainlevée. La détention préventive qui en était la suite ne pouvait cesser que par une décision soit de la chambre du conseil, soit de la chambre d'accusation, juridictions appelées à statuer sur les charges de l'instruction écrite, et

(1) Cass., 4 avril 1820, 5 janvier 1821; Cass., 15 juillet 1826, 8 nov. 1845, 29 mars 1855; 22 août 1867; Paris, 5 juin 1838, 16 janv. 1869, 29 av. 1870.

partant à faire cesser, s'il y avait lieu, les effets du mandat. On considérait le mandat d'arrêt, comme une sorte de jugement contradictoire, intervenant après les conclusions du ministère public et l'interrogatoire du prévenu : le juge d'instruction ne pouvait pas plus retirer le mandat, qu'un tribunal ne peut rétracter le jugement qu'il a rendu. Il ne peut pas, sans excès de pouvoir, revenir sur une chose jugée par lui et de la connaissance de laquelle il s'est dépouillé (Cassat. 16, thermidor an VIII) (1).

Cette solution contestée d'abord pour le mandat de dépôt, simple mesure provisoire, émanant de l'initiative du juge, sans le concours du ministère public, lui fut néanmoins étendue : « Aujourd'hui, dit le rapport de la loi du 4 avril 1833, quand un mandat de dépôt a été exécuté contre un prévenu, il n'est plus possible au juge d'instruction d'en ordonner le retrait. L'individu ainsi arrêté doit rester en prison jusqu'à l'ordonnance de la chambre du conseil, si cette ordonnance déclare le non-lieu ; soit jusqu'au jugement, s'il y a renvoi devant les tribunaux répressifs pour desfaits passibles de l'emprisonnement ou d'une peine plus grave. »

Cet état de choses avait pour résultat de prolonger, sans avantage pour la justice, la détention préventive des inculpés. Qu'importe en effet que les indices graves qui ont motivé l'arrestation, s'effacent ou dispa-

(1) F. Hélie, t. V, p. 841.

raissent? que le fait incriminé dépouille les caractères du crime pour devenir un simple délit, que l'inculpé pris tout d'abord pour un malfaiteur sans profession et sans famille, se révèle au juge mieux informé, avec toutes les garanties qui assurent pleinement que la pensée ne peut lui venir de se soustraire, par la fuite ou l'exil, à l'exécution d'une peine relativement légère? C'est en vain que le juge voudrait le mettre en liberté : il ne le peut pas, il a les mains liées par la loi !

Dès 1842 un projet était déposé, qui échoua, destiné à corriger cette rigoureuse législation. En 1846 les Facultés de Droit consultées, en 1853 les procureurs généraux, é mirent un avis favorable aux modifications proposées par le gouvernement et réclamées par l'opinion publique. La loi du 4 avril 1855 réforma enfin l'art. 94 du Code d'instruction criminelle.

« Dans le cours de l'instruction, le juge pourra, sur les conclusions conformes du ministère public, et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt à la charge pour l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis. »

Désormais le juge peut donner mainlevée du mandat de dépôt, que le fait reproché soit un crime ou un délit. La loi a raison de ne pas s'attacher à la nature de l'inculpation : « En effet, pourquoi le juge donnera-t-il mainlevée du mandat ? parce que l'homme ainsi arrêté

offre des garanties morales et matérielles qui rendent la présomption de fuite à peu près impossible, ou bien que les principaux témoins ayant été entendus, il n'y a plus lieu de craindre des attaques et des influences contre la vérité, ou bien enfin que les indices qui ont déterminé le mandat de dépôt ont diminué de telle sorte que la chance d'acquiescement est très supérieure à celle de la condamnation. Eh bien ! ces considérations sont aussi justes dans l'hypothèse d'un délit que dans (1) celle d'un crime : la solution doit donc être la même. »

Mais la mainlevée du mandat de dépôt doit être précédée des conclusions conformes du procureur. On a vivement critiqué cette nécessité, sous prétexte que l'art. 113 du Code d'instruction criminelle permet au juge d'accorder la liberté provisoire, malgré le ministère public : à quoi bon, a-t-on dit (2), interdire dans l'art. 94 ce que la loi permet dans l'art. 113, et traiter différemment deux situations analogues ?

Sans attacher grande importance à ce fait que l'exigence de conclusions conformes pour la mainlevée du mandat, se retrouve dans tous les projets formulés à diverses époques (1842, 45, 46, 53) ; à cet autre, qu'en pratique le magistrat qui requiert et celui qui dirige

(1) Rapp. loi de 1855 ; Carette, L. 1855.

(2) Loi de 1865, amendement Aymé ; Carette, 1865, p. 103 ; G. Picot, *Rev. crit.*, 1865, t. XXVI, p. 344.

l'information, représentant le même intérêt et marchant vers le même but, la conformité de vue existe toujours étroitement entre eux ; il faut reconnaître que l'art. 94 et l'art. 113 visent deux hypothèses absolument distinctes : dans l'art. 113, le prévenu sollicite sa mise en liberté provisoire. L'initiative vient de lui ; il use de son droit, il forme une demande. A l'instant le contentieux naît. Il faut qu'il soit statué, et contre la décision qui interviendra, prévenu et procureur auront le droit d'interjeter appel devant la chambre des mises en accusation. Cette voie de recours ouverte au ministère public explique pourquoi ses conclusions ne lient point le juge. — Dans l'art. 94, au contraire, le juge d'instruction agit d'office, il met le prévenu en liberté sans aucune provocation de sa part. C'est une mesure gracieuse contre laquelle il n'y a pas de recours possible. En rendant ainsi le prévenu à la liberté, le juge peut compromettre les intérêts de la répression : il est donc naturel qu'il se consulte avec le procureur, qui comme lui en a charge ; et à qui appartiennent en outre les prérogatives de la poursuite et la surveillance des actes d'instruction.

La loi de 1855 était incomplète. Le mandat d'arrêt demeurait irrévocable. Le législateur avait considéré que ce mandat n'était décerné que dans les circonstances graves ; qu'il présentait tous les caractères d'un véritable jugement, et partant devait en avoir l'irrévocabilité ; qu'il y avait lieu de prévenir toute faiblesse

du juge, de ne pas permettre qu'il pût, en donnant mainlevée de ce mandat, céder à des sollicitations de famille, à des influences extérieures, qui viennent trop souvent troubler le magistrat dans l'accomplissement de ses devoirs austères.

Préoccupations chimériques ! En fait, le mandat d'arrêt n'était plus usité que contre les prévenus en fuite. Comme il était resté irrévocable, il en résultait (1) que si l'inculpé arrêté en vertu de cet ordre et interrogé, détruisait les charges qui pesaient sur lui, le juge n'avait pas le pouvoir de le rendre à la liberté, et que l'emprisonnement préventif se continuait sans utilité pour la justice.

La loi du 14 juillet 1865, modifiant pour la seconde fois l'art. 94, combla cette lacune. Aujourd'hui, le mandat d'arrêt et le mandat de dépôt sont susceptibles d'être levés d'office par le juge d'instruction, quelle que soit la nature de l'inculpation, sur conclusions conformes du procureur de la République.

On pourrait croire que les deux lois de 1855 et 1865 ont diminué considérablement le nombre des détentions préventives. Il n'en est rien. La première (2) éleva la moyenne des élargissements de 1 à 3 0/0 ; la

(1) Disc. de M. Lenormant, 30 mai 1865, *Monit.*

(2) 1862, sur 67,427 détenus, 1,727 sont élargis par mainlevée du mandat. — 1863, 1,455 sur 58,861.

seconde (1) la fit monter à 4 0/0 où elle est depuis plusieurs années stationnaire.

SECTION II

DE L'INTERDICTION DE COMMUNIQUER

§ 1^{er}. *But et Historique.*

L'interdiction de communiquer est l'ordre par lequel le magistrat compétent interdit au prévenu incarcéré en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt toute communication soit écrite, soit verbale, soit par lettres, soit de personne à personne.

La légalité de cette mesure n'est pas douteuse. Elle dérive du pouvoir qui appartient au magistrat, chargé d'une instruction, de donner dans les maisons de justice ou d'arrêt tous les ordres qu'il croit nécessaires à la marche de l'instruction.

Son but est d'assurer la conservation des preuves,

(1) 1877, 3,947 sont mis en liberté par mainlevée du mandat, sur 108,092 détenus. — 1878, 3,154 sur 106,125. — 1879, 3,337 sur 102,414. — 1880, 3,704 sur 111,546 détenus.

en empêchant le prévenu de communiquer avec ses codétenus, qui peuvent être ses complices; ou avec les individus du dehors qui peuvent être appelés plus tard à déposer contre lui. M. Faustin Hélie (t. V, p. 817) en précise les effets, en expose les résultats dans les termes suivants :

« Ce droit tient au principe même de l'instruction préalable : le juge est investi du pouvoir de prendre toutes les mesures qu'il croit utiles à la manifestation de la vérité : il sépare ou confronte les prévenus; il les interroge ensemble ou l'un après l'autre; il les réunit ou les isole momentanément, suivant que cette réunion ou cette séparation peut nuire ou ne pas nuire à ses investigations; il est chargé de constater les faits incriminés, d'en découvrir les auteurs, d'en réunir les preuves. L'interrogatoire, la séparation des coprévenus, leur interdiction de toute communication sont des moyens d'instruction qui rentrent dans le cercle des mesures qu'il est autorisé à prendre. Il est certain que la détention solitaire est une aggravation de la détention, qu'elle apporte une restriction plus rigoureuse de la liberté du prévenu, une nouvelle entrave à sa défense. Mais la détention elle-même, indépendamment du secret, n'est-elle pas une entrave aux droits du citoyen, aux droits de la défense ? Or, si cette détention, réduite à la simple privation de liberté, est impuissante comme moyen d'instruction; si le prévenu, en dictant des ordres du fond de sa prison, en communiquant avec ses agents,

en conférant avec ses complices, peut frapper de stérilité toutes les opérations judiciaires. n'y a-t-il pas lieu d'ajouter à la détention une forme qui la rende efficace ? La question de la mise au secret, comme celle de la détention même, est une question de nécessité. Nul ne conteste que cette mesure ne soit rigoureuse, qu'elle ne porte une double atteinte à l'humanité et à la défense, en faisant porter sur le prévenu une souffrance et une entrave : il s'agit de savoir si l'instruction qui est l'un des éléments de la justice pénale, peut remplir sa mission sans disposer de ce moyen ; si le juge peut mettre avec sûreté la justice dans la voie de la vérité, quand le prévenu libre d'agir, quoique détenu, conservera tous les moyens de détourner ou de rendre vaines les investigations ; si la libre communication d'un prévenu avec ses affidés ne peut pas détruire la preuve et désarmer l'action judiciaire. Ici, comme dans toutes les mesures acerbes de l'instruction préalable, l'intérêt social exige la suspension momentanée d'un droit individuel : la justice n'a qu'à justifier de cette nécessité. »

La mise au secret est née (1) avec la procédure inquisitoriale. Maintenu sous la Révolution par les lois de 1791, le Code de brumaire an IV, la Constitution de l'an VIII, elle passe dans le Code de 1808, comme la

(1) Ordon. de Charles VII, 1452, art. 32 ; Charles VIII, 1485 ; François I^{er}, 1535, chap. xxi, art. 3 ; ord. 1670, art. 16 et 17, tit. VI.

trace la plus palpable de l'ancienne procédure criminelle.

La mise au secret peut être ordonnée par le juge d'instruction, par le président des assises ; par la chambre des mises en accusation, quand l'instruction (1) se poursuit devant elle. Elle échappe à la censure de la Cour de cassation (2), car la juridiction qui l'ordonne apprécie souverainement les faits qui la motivent.

Le droit de prononcer la mise au secret est une des formes sous lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction. Il est impossible d'imposer ici des règles fixes au magistrat : « La variété des circonstances est telle que le législateur ne saurait tracer une règle absolue au magistrat et qu'il doit abandonner à la conscience et à la sagacité de ce magistrat le soin de distinguer les affaires dans lesquelles l'interdiction de communiquer est nécessaire, de celles où il peut se dispenser d'y recourir (3). » Mais le juge, et toutes les circulaires ministérielles (4) sont concordantes là dessus, ne doit pas oublier que la mise au secret doit être de très courte durée et réservée pour les cas graves ; distribuée en un mot avec la plus extrême réserve. C'est une atteinte aux droits de l'humanité, qu'entraver les communications de l'inculpé

(1) Cass., 11 mars 1841 ; Paris, 27 juillet 1838.

(2) Cass., 10 déc. 1847.

(3) Dutruc, *Code de la dét. prév.*, art. 613, p. 139.

(4) Circul. justice, 10 fév. 1819 ; Intérieur, 24 juil. 1866.

avec sa famille, ses amis, et son conseil ; il faut donc éviter de multiplier ces échecs aux droits de la défense.

Mais ces pressantes recommandations ne furent point observées. De sombres et énergiques protestations s'élevèrent à diverses époques contre l'institution du secret.

Dès 1818, M. Bérenger (1), après en avoir signalé les nombreux abus, concluait en le déclarant : une rigueur exercée sans motifs.

Le garde des sceaux s'émut de ces révélations ; et pour assurer l'efficacité des injonctions qu'il faisait aux juges de ne recourir à l'interdiction de communiquer que quand elle est indispensable, et seulement pendant le temps nécessaire pour mettre à l'abri les preuves de culpabilité, M. de Serres organisait sur les ordonnances portant interdiction de communiquer un certain contrôle confié à la chambre du conseil. En outre, un compte rendu mensuel très détaillé des procédures à l'occasion desquelles elle était prononcée, devait être adressé au ministère de la justice.

Louables efforts qui n'empêchent point en 1821 (2) et (3) 1824, M. Dupin de s'élever à nouveau contre les errements de la pratique, au nom des droits de la dé-

(1) *Just. crim. en France*, t. II, chap. I, §. 11.

(2) *Obser. sur quelques points de notre lég. crim.*

(3) *Libre défense des accusés.*

fense, et de l'égalité civile indignement rompue au profit seul des détenus influents.

En 1861, un fait particulièrement grave souleva la colère publique. Une femme Gardin, accusée d'un paricide qu'elle n'avait pas commis, s'en déclare mensongèrement coupable. C'est en vain que plus tard, à l'audience, elle veut revenir sur ses prétendus aveux ; qu'elle proteste qu'ils ne lui ont été arrachés que par les angoisses de la détention solitaire ! L'accusation s'en empare et la fait condamner aux travaux forcés à perpétuité. Son innocence fut ensuite reconnue ; l'arrêt de la Cour d'assises cassé, les vrais coupables ayant été arrêtés et condamnés.

Cette fois le législateur s'émut et s'occupa de réformer une institution, qui engendrait de si scandaleux abus. Tout le mal venait de ce que la durée des effets de l'ordonnance de mise au secret étant illimitée, il ne dépendait que du seul bon plaisir du juge d'instruction d'y mettre un terme. La loi du 14 juillet 1865, réformant l'art. 613 du Code d'inst. crim., se proposa de limiter à dix jours la durée de l'interdiction de communiquer.

Art. 613 : « Lorsque le juge d'instruction croira devoir prescrire, à l'égard d'un inculpé, une interdiction de communiquer, il ne pourra le faire que par une ordonnance qui sera transcrite sur le registre de la prison. Cette interdiction ne pourra s'étendre au delà de dix jours : elle pourra toutefois être renouvelée. Il en sera rendu compte au procureur général. »

Le juge demeure souverain appréciateur des circonstances dans lesquelles il y a lieu d'appliquer le secret. Seulement, dans l'esprit et suivant le vœu de la loi, l'interdiction de communiquer ne doit pas s'étendre au delà de dix jours.

La réforme serait parfaite si l'ordonnance ne pouvait pas être renouvelée. Mais elle peut l'être pour dix nouveaux jours, ce qui fera vingt ; puis pour dix autres, ce qui fera trente, et ainsi de suite indéfiniment. En un mot, le juge fera par une série d'actes distincts et successifs ce qu'il faisait auparavant en vertu d'un seul. La réforme est donc illusoire : la durée du secret demeure illimitée, et comme c'est là que réside la source de tous les abus, la porte reste ouverte à l'arbitraire.

§ 2. *Légitimité de l'interdiction de communiquer.*

En 1865 le Corps législatif fut saisi d'une proposition tendant à abolir complètement le secret.

L'intérêt qu'a la société à punir les actes coupables, disait-on, et à se protéger contre le retour d'actes semblables, peut autoriser la détention préventive, parce que le droit de la société se trouvant en opposition avec celui de l'individu doit nécessairement l'emporter sur ce dernier. Mais lorsque l'individu est arrêté, aucun droit social n'est plus en présence de son droit à se défendre, à démontrer qu'il n'est pas coupable ou qu'il l'est dans une moins grande proportion qu'on ne le

prétend. Qu'est-ce d'ailleurs que le secret ? une véritable torture morale, non moins cruelle, non moins contraire à l'humanité que l'ancienne torture.

Examinant ensuite la pratique, on en tirait cet enseignement que dans la plupart des cas l'interdiction de communiquer n'est qu'un moyen violent adopté pour vaincre le mutisme des inculpés, et suppléer par les déclarations qu'elle provoque, au manque de preuves : « L'interrogatoire pour (1) un magistrat habile, c'est la moitié de l'instruction ; c'est plus encore avec le secret qui est le levier le plus puissant pour enlever un aveu, toujours désirable, parce qu'il est toujours profitable et le meilleur couronnement de toute procédure. Le secret est un expédient presque toujours irrésistible ; il suppléerait au besoin à l'insuffisance du juge d'instruction. »

Les abus de la pratique ne suffisent pas à condamner une institution qui rend de réels (2) services. Trop souvent le secret a été aggravé par des rigueurs qui l'ont fait dégénérer en une souffrance intolérable ; mais, appliqué suivant l'esprit de la loi, isolant le prévenu dans les limites où la solitude ne compromet ni sa santé, ni sa raison, le secret constitue un acte d'instruction moral et légitime.

Cette mesure s'explique, comme la détention pré-

(1) Duverger, *Mun. des juges d'inst.*, t. II, p. 441.

(2) Aff. Bistor, janv. 1882, *Gaz. des trib.* Cour d'ass. de la Seine ; Aff. Auriol, assises de Perpignan, 3 août 1882.

ventive, par les nécessités de l'instruction. « Qu'un prévenu, entrant dans la prison, soit confondu parmi les autres détenus et doive s'y maintenir, il sera incessamment obsédé de pernicieux conseils, encouragé à mentir, excité à tout nier, formé à la ruse, s'il ne l'est déjà ; instruit dans l'art des défaites et des détours, enhardi à s'armer d'audace, à refuser toutes explications ou à n'en donner que de trompeuses. Le juge d'instruction, entraîné à des vérifications aventureuses et multiples, obligé de deviner ce qu'il aurait dû apprendre du prévenu plus sincère et plus expansif, s'avançant à tâtons dans l'obscurité de la procédure, contraint à des actes plus nombreux, à l'audition de témoins plus incertains et plus multipliés, arrive péniblement dans sa marche lente et indécise au terme d'une information qu'il ne lui est pas toujours donné de rendre claire, complète et fructueuse ; évidemment l'inconvénient, le danger sont plus grands encore si des complices peuvent continuellement communiquer ensemble et se concerter.

« Que le prévenu ait la faculté de communiquer au dehors, ses parents, ses amis, ses complices peut-être, pourront le tenir informé des constatations opérées, des découvertes et saisies effectuées, des révélations faites, des renseignements fournis, des dépositions des témoins, des mesures déjà prises et en voie d'exécution, des résultats obtenus ou prochains ; et des plans pourront être combinés, arrêtés pour faire disparaître

des objets compromettants, effacer les traces accusatrices ; pour corrompre , intimider, écarter les témoins redoutables ; pour forger des systèmes, calculer des réponses, inventer et pratiquer des moyens d'entraver, de fourvoyer, d'embrouiller, de déconcerter l'instruction, et de la rendre impuissante (1). » La mise au secret paré à tous ces inconvénients.

Mettre en lumière l'utilité du secret, c'est en démontrer la légitimité. Il suffit, pour cela, de faire observer que le but à atteindre n'est point l'aveu de l'inculpé, mais la conservation des preuves de la culpabilité ; qu'il importe uniquement de mettre le détenu dans l'impossibilité d'entraver la marche de l'instruction. C'est à cette idée, sur laquelle on ne saurait trop insister, que la pratique judiciaire doit se conformer : c'est elle aussi qui doit inspirer les dispositions légales relatives au secret. Une bonne loi serait donc celle qui ne tolérerait pas qu'il fût employé ailleurs que dans des circonstances graves ; et, d'autre part, tout en assurant au juge les moyens de rassembler le faisceau des preuves à l'abri des manœuvres de l'inculpé, limiterait assez étroitement la durée du secret pour qu'il ne dégénérait pas en une sorte de torture.

Comment donner satisfaction à ces deux intérêts ?

Est-il possible de déterminer *a priori* dans quels cas le juge pourra interdire toute communication, dans

(1) Duverger, *Man. des J. inst.*, t. II, p. 441, 1862.

quels cas il ne le pourra point? Nous ne le pensons pas, et la loi de 1865 a écarté cette méthode : tout dépend, en effet, des circonstances de la cause : beaucoup de la personne de l'inculpé ; du caractère et de l'honorabilité des témoins ; de la nature même des preuves. Ce sont là des choses que le juge seul peut apprécier : toute énumération serait incomplète et dangereuse.

Mais est-il possible de fixer à la durée du secret un certain délai, à l'expiration duquel il devrait cesser de plein droit ?

Non, dit encore la loi de 1865 : si le renouvellement de l'ordonnance qui interdit les communications était limité, l'interdiction perdrait peut-être toute son efficacité : un homme qui saurait qu'au bout d'un laps de temps déterminé il doit être délivré de cette interdiction, garderait avec résolution cette attitude, cette situation, ce mutisme, qui lui permettent de se dérober aux recherches de la justice, et que la mesure a surtout pour but de faire cesser : il serait sûr d'entraver la marche de l'instruction, avec un peu de persévérance.

En réalité, ce que le législateur de 1865 redoute, c'est que l'inculpé sachant que sa détention solitaire doit cesser prochainement, ne persiste dans un système de silence ou de dénégation, qui lui évite de se compromettre avant l'échéance du terme de sa délivrance. C'est donc que l'absence de limitation dans la durée des effets de l'ordonnance qui le met au secret est

faite pour plonger l'inculpé dans une incertitude cruelle, vaincre ses hésitations, déjouer son obstination à ne point parler, provoquer en un mot ses aveux.

Cette manière de voir, pour être celle de la loi, n'en est pas moins fausse; abusive aussi la possibilité du renouvellement indéfini de l'ordonnance, dont elle est l'unique fondement. Rendons l'interdiction de communiquer à sa seule fin légitime, qui est de soustraire les éléments de preuve, les charges matérielles, les témoins aux agissements de l'inculpé; et il nous paraîtra tout naturel de limiter à un certain nombre de jours la durée du secret, à partir du moment où le contact de l'inculpé avec le dehors et les codétenus menace de nuire à la manifestation de la vérité. Cette durée fixe ne serait autre que le temps nécessaire au juge pour rassembler en toute liberté non point le faisceau entier des preuves, mais les principales d'entre elles, par l'interrogatoire des codétenus soupçonnés de complicité, l'audition des témoins déjà connus, et les divers actes de la constatation judiciaire. Une période de vingt (1) jours, assurant au juge toute liberté d'action, nous semble bien suffisante.

En ce qui concerne les rapports de l'inculpé avec ses codétenus, la question de la mise au secret diminue, de jour en jour, d'intérêt. La loi de 1875 applique en effet à la

(1) M. Corneille, *Monit.* des 29 et 30 mai 1865.

détention préventive, le régime de la séparation individuelle de jour et de nuit : c'est le secret de plein droit à l'intérieur de la prison dans les maisons cellulaires (1), l'interdiction de communiquer ne vise plus que les relations des détenus avec les visiteurs libres.

SECTION III

DE LA LIBERTÉ PROVISOIRE

§ 1. *Utilité de la liberté provisoire.*

La détention préventive se justifie aisément. Elle est à la fois « une mesure de sûreté, une garantie de l'exécution de la peine, et un moyen d'instruction (2). » C'est pour protéger la société menacée qu'elle s'applique ; dès que le danger a disparu, la liberté individuelle reprend tous ses droits, et la détention préventive doit cesser.

En théorie, la détention préventive n'est pas une

(1) Il y a des prisons cellulaires à Sainte-Menehould, Rouen, Angers, Dijon, Versailles, Etampes, Besançon, Bourges, Bayonne ; à Paris, Mazas, la petite Roquette, et, en partie, la Santé, le sont aussi. On en construit une très vaste à Nanterre.

(2) F. Hélie, t. IV, n° 1498.

peine. En fait, elle en est une, car elle frappe le prévenu dans sa personne, dans sa réputation, dans son honneur. Il ne peut traverser cette épreuve humiliante, sans en sortir quelquefois plus mauvais, toujours avili.

En outre l'organisation matérielle de notre régime pénitentiaire est telle que, grâce à la promiscuité odieuse des prévenus et des condamnés, aux contacts malfaisants de la prison, l'incarcération préalable est devenue la pépinière des récidivistes (1).

Tout exige donc que la détention préventive, loin d'être multipliée à l'excès, soit réservée aux cas où sans elle la justice serait impuissante, malgré les efforts les plus vigoureux et les plus soutenus, et que, dans les hypothèses où elle s'applique, sa durée soit aussi courte que possible. Si l'intérêt de la société le veut, parce que les causes de criminalité, et surtout de récidive, sont naturellement assez nombreuses, sans en créer arbitrairement une nouvelle, celui des justiciables ne parle pas moins haut, à qui la raison commande de laisser toute liberté pour se défendre, et d'épargner avec une flétrissure morale d'inutiles souffrances.

Les législations se sont toujours préoccupées de mettre fin à la détention préventive, dès qu'elle cesse d'être indispensable; comme de l'écarter toutes les fois

(1) Tessier, *Inst. crim. et lib. indiv.*, p. 17; *Enquête parlementaire sur le rég. pénit.*, t. II, p. 341; t. VI, p. 58; t. III, p. 237 et 190; M. du Camp, *Paris, ses org.*, t. III, p. 302.

qu'elle peut, sans danger pour la répression, être remplacée par une autre garantie. Cette mesure équivalente qui répond au but essentiel de l'emprisonnement : empêcher la fuite de l'inculpé, c'est le cautionnement. On accorde à l'inculpé sa liberté provisoire, à la charge pour lui de se représenter à toute réquisition, et notamment le jour du jugement. Comme gage de la sincérité de ses promesses, on exige de lui un cautionnement qu'on lui restitue, s'il tient ses engagements, mais que l'on retient s'il manque. La crainte de le perdre fait qu'il ne s'éloigne pas ; attaché au sol par ce lien puissant, l'inculpé demeure à la disposition de la justice, comme s'il était sous les verrous de la maison d'arrêt.

§ 2. *Historique.*

A Athènes, le prévenu avait droit à la liberté provisoire dès que trois citoyens répondaient de sa comparution devant la justice (1).

A Rome, le droit d'obtenir sa mise en liberté sous caution appartenait à tout accusé citoyen romain, et remontait aux premiers temps de la République. Des exceptions furent tardivement apportées à ce principe général (2).

(1) *Demosth. in Timocrate*, Samuel Petit, p. 14.

(2) L. 3, Dig. (*De custod. reorum*).

Sous les Mérovingiens, cette institution est organisée avec le plus grand soin et des règles très libérales. Tout inculpé a le droit absolu de demeurer libre, sans donner aucune garantie. Dans certains cas très graves et exceptionnels, il doit offrir caution ; mais dès qu'il a rempli cette condition, il recouvre sa liberté.

Cette antique et sage réglementation qui convenait si bien aux mœurs fières et indépendantes des hommes de cette époque, appuyée sur la jurisprudence des justices seigneuriales, et plus tard des justices royales (1), disparut lentement pour faire place à la détention préventive en règle générale, la liberté provisoire avec ou sans caution devenant l'exception.

L'ordonnance d'août 1539 dispose que l'élargissement des inculpés n'est pas possible. Cependant les prévenus de délits légers, punissables de peines simplement pécuniaires ; les clercs accusés de crimes, les nobles et les personnes élevées en dignité, pourront être mis en liberté sous caution (Ord., art. 150).

Avec l'ordonnance de 1670, la législation se trouve modifiée dans un autre sens. La détention préventive demeure le droit commun. Tout individu arrêté en vertu d'un décret de prise de corps (et, en fait, il y avait presque toujours décret à cause du caractère afflictif ou infamant de la plupart des peines) doit

(1) Ord. de Charles VII, 1498, art. 418 ; Louis XII, 1507, art. 198.

rester en prison jusqu'à ce que son procès soit instruit et terminé. Mais la loi donne au juge la faculté de mettre le prévenu en liberté, sur avis conforme du ministère public. Cette mise en liberté avait lieu ordinairement sans caution ; il suffisait que le prévenu s'engageât à se représenter à toutes les assignations et fit élection de domicile au lieu de son élargissement. Le cautionnement disparaît donc ou à peu près (Ord. 1670, tit. II, art. 10).

L'ancien droit peut donc se diviser en deux périodes : pendant la première, l'inculpé reste en liberté. En revanche il doit donner caution. Mais à partir de 1539, époque où furent définitivement fixées en France les règles de la procédure inquisitoire, écrite et secrète, tout est changé : en règle générale le prévenu est gardé en prison. Dans certains cas très rares, il est mis en liberté, et l'on n'exige plus qu'il donne caution. C'est donc dans la garantie du cautionnement, dans cette garantie seule, que l'ancien droit avait vu le moyen de multiplier, sans compromettre l'action de la justice, les mises en liberté provisoire, et d'assurer le respect dû à la liberté individuelle.

En 1789 les doléances du pays portent non seulement sur les arrestations arbitraires faites en vertu de lettres de cachet, par ordre du pouvoir exécutif, mais sur les décrets décernés par l'autorité judiciaire, et qui compromettent ouvertement la liberté des citoyens domiciliés par la facilité avec laquelle la plupart des

juges en abuse (Tiers-Etat de Bordeaux, Admin. de la Justice). Les cahiers sont unanimes à demander sur ce point une réforme radicale de la loi criminelle, et ils indiquent presque tous que le remède à tant de maux est l'emploi aussi fréquent que possible du cautionnement (1).

C'est également la pensée qui inspire les lois de la Révolution.

La Constitution de 1791 porte que « la liberté provisoire sous caution ne peut pas être refusée tant qu'elle est demandée dans les termes où la loi la permet » (chap. v, titre III, art. 12).

La loi des 19-22 juillet 1791 (art. 43, tit. II), dispose en conséquence que le prévenu d'un délit correctionnel sera retenu pour être jugé ou admis à se représenter, s'il donne la caution dont le minimum et le maximum sont fixés par la loi. — La loi des 16-29 sept. 1791 (art. 18, tit. V) modifia bientôt cette réglementation. Désormais tout prévenu de délit correctionnel a le droit de rester libre jusqu'au jugement. En matière criminelle, si la peine encourue est simplement infamante, l'accusé peut rester libre en donnant caution. Elle supprime également le taux légal du cautionnement : c'est le juge qui le fixera, après examen, « mais il ne doit pas oublier qu'un tel cautionnement

(1) A. Desjardins, *Les cahiers des Etats généraux en 1789 et la législ. crim.*

ne doit pas être illusoire et de simple forme, ni tendre à soustraire ainsi les accusés à la justice. Il s'agit là d'un contrat sacré entre celui qui évite ainsi le malheur de la détention et les amis qui viennent à son secours, et surtout d'un lien puissant entre l'accusé et la loi. »

Le Code du 3 brumaire an IV supprime la liberté de droit en matière de délits correctionnels. Le directeur du jury pourra mettre en liberté le prévenu d'un délit passible seulement d'une peine infamante ou moindre ; et encore cette faveur est subordonnée à la prestation d'un cautionnement uniformément fixé à 3,000 livres. Ce Code fit place à la loi du 29 thermidor an IV, qui accorda la liberté sous caution comme un droit absolu aux inculpés de délits, autres que gens sans aveu ou vagabonds ; et aux inculpés de crimes, passibles seulement d'une peine infamante.

§ 3. *Code de 1808.*

Le Code de 1808 fermait complètement la liberté provisoire aux inculpés de crimes.

Art. 113 : « La liberté provisoire ne pourra jamais être accordée au prévenu lorsque le titre de l'accusation emportera une peine afflictive ou infamante. »

Mais le juge d'instruction a le droit de mettre en liberté sous caution les individus qui ne sont poursuivis qu'à l'occasion d'un délit correctionnel.

Art. 114 : « Si le fait n'emporte pas une peine afflictive ou infamante, mais seulement une peine correctionnelle, la Chambre (1) du conseil pourra, sur la demande du prévenu et sur les conclusions du procureur, ordonner que le prévenu sera mis provisoirement en liberté moyennant caution solvable de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. »

Quel était l'acte de procédure qui décidait si le fait reproché était un crime ou un délit ; et partant si l'individu arrêté avait ou non le droit de demander la liberté sous caution, et le juge celui de l'accorder ?

Suivant M. Legraverend (t. I, p. 340), ce sont les énonciations contenues dans la plainte ou dans la dénonciation, qui déterminent la nature de l'action intentée et la qualité du fait incriminé.

Mais cette doctrine ne peut pas être admise (2) si l'on considère que l'exercice de l'action publique appartient au procureur ; qu'il n'est lié dans son action, ni par les plaintes, ni par les dénonciations ; et qu'il est le maître, d'après ses appréciations personnelles, d'ajouter aux faits énoncés dans ces diverses pièces, des circonstances qui en augmentent ou en atténuent la gravité. Ce qui constitue dans cette opinion le titre de la prévention, c'est le réquisitoire.

(1) Depuis 1836, le juge d'instruction.

(2) Mangin, *Inst. écr.*, n° 172.

M. Faustin Hélie (t. V, p. 843) (1) se prononce pour une troisième solution qui a nos préférences. Il reconnaît à la chambre (2) du conseil le pouvoir de déterminer le titre de la prévention. C'est à elle que l'art. 114 confie, comme une faculté, le soin d'accorder, s'il y a lieu, la mise en liberté provisoire : cette faculté implique évidemment la vérification des conditions que la loi réclame pour qu'il en soit fait usage. L'art. 114 dit que la chambre du conseil pourra mettre en liberté, si le fait n'emporte qu'une peine correctionnelle. L'art. 114 suppose donc que la chambre du conseil examinera s'il résulte de l'information, au moment de la demande, que ce fait ait tel ou tel caractère. Estime-t-elle qu'il s'agit d'un crime ? elle refuse l'élargissement. — Qu'il s'agit d'un délit ? elle peut l'accorder.

Il y avait encore trois catégories de prévenus auxquels le Code refusait *a priori*, et dans tous les cas, la liberté provisoire.

1° Les vagabonds, art. 115 : « Les vagabonds ne pourront en aucun cas, être mis en liberté provisoire. »

L'art. 270, Code pénal, indique ce qu'il faut entendre par cette expression : « Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni

(1) En ce sens, Duverger, t. III, p. 139.

(2) Depuis 1856 au juge d'instruction.

moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession. » Ces gens là sont écartés de la liberté provisoire, parce que, libres de tout lien de famille et d'intérêt, ils ne profiteraient sans doute de la faveur qui leur serait faite, que pour s'éloigner au plus vite et échapper ainsi aux conséquences pénales de leurs fautes. La chambre du conseil saisie de la demande d'élargissement, apprécie la situation du prévenu; et, si elle pense qu'elle a devant elle un vagabond, le maintient purement et simplement en état de détention.

C'est une décision de fait qu'elle rend là : il suffit pour la motiver, qu'il y ait état actuel de vagabondage; il n'est pas besoin qu'il y ait eu condamnation préalable de ce chef, car la loi n'exige pas cette condition (1). Réciproquement, il se peut que le prévenu condamné autrefois pour vagabondage, ait maintenant un domicile et une profession : il n'encourt (2) plus la déchéance de l'art. 115, et la chambre du conseil peut le mettre en liberté. Ces solutions sont parfaitement d'accord avec l'esprit et le but de la loi : à ses yeux le fondement de la liberté provisoire est une garantie morale, résultant de la position actuelle du prévenu; c'est donc elle seule qu'il faut envisager.

2° Les repris de justice (art. 115). C'est à l'ancien droit qu'il faut demander le sens de ce mot. On appe-

(1) Mangin, n° 175.

(2) Boitard, n° 127.

lait ainsi les individus qui avaient été condamnés à une peine afflictive ou infamante (1), et elles étaient nombreuses alors. C'est encore cette interprétation qui est adoptée généralement (2) et en particulier par la Cour de cassation (3) : « Attendu, dit-elle, que sous l'empire de la législation antérieure à 1789, l'on ne considérait comme repris de justice que les individus condamnés à des peines afflictives ou infamantes; que si les lois nouvelles ont modifié la classification des peines, on n'en trouve aucune qui ait défini les mots de repris de justice et leur ait donné une signification différente; qu'il y a donc nécessité légale de les entendre comme on les entendait anciennement; qu'en fait, le prévenu n'a été condamné qu'à des peines correctionnelles et pour des faits autres que le vagabondage; d'où il suit qu'en lui accordant sa liberté provisoire sous caution, la Cour de Paris n'a point violé l'art. 115. »

3° Le prévenu qui aura laissé contraindre sa caution au paiement ne sera plus à l'avenir recevable en aucun cas, à demander de nouveau sa liberté provisoire moyennant caution. Art. 116. La loi, dans les deux

(1) Décl. des 4 mars 1724 et 5 fév. 1731; Serpillon, t. I p. 180, 184; Jousse, t. IV, p. 320.

(2) Conf. Carnot. t. I. p. 452; Legraverend, t. I, p. 359; Bourguignon, t. I, p. 248.

(3) Cass., 26 mai 1838; Limoges, 24 oct. 1837; Paris, 27 avril 1838.

derniers cas, s'attache à un motif d'indignité pour exclure de ses faveurs certains prévenus.

L'analyse de ces dispositions du Code nous le montre moins libéral que l'ordonnance de 1670, qui accordait quelquefois et sous certaines conditions l'élargissement pur et simple, sans caution ; moins libéral surtout que les lois de la Révolution, puisqu'il appliquait sans réserve la détention préventive aux accusés de crimes, et qu'il ne reconnaissait jamais aux prévenus correctionnels le droit absolu à la liberté, même sous caution.

Dans la pratique on essaya de tempérer les sévérités de la loi. M. de Serres (Circul. minist. du 10 février 1819) recommandait aux juges d'instruction d'accorder toutes les fois que la nécessité n'imposait pas d'une façon implacable une solution contraire, la liberté aux prévenus correctionnels : « Dans les cas rares où l'arrestation du prévenu même de simple délit, a été jugée nécessaire, tels que ceux où sa liberté menace la société et ceux où la justice doit rechercher ses complices, la loi laisse encore au prévenu la ressource d'obtenir la mise en liberté sous caution : elle doit lui être accordée toutes les fois que cette caution est une garantie suffisante pour la société et que la mise en liberté ne peut plus alarmer la sûreté publique ni empêcher la découverte des auteurs du délit. Telles sont les principales règles des magistrats préposés à la défense de la paix et des mœurs publiques, des

droits et des propriétés de tous ; ils doivent n'oublier jamais qu'un de ces droits les plus chers, une de ces propriétés les plus précieuses est la liberté individuelle : que, sous la charte qui la garantit, elle ne doit éprouver ni redouter aucune atteinte ; que personne, pour parler le langage de la charte, ne peut être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites ; et qu'alors même qu'il est indispensable de déployer la sévérité des lois, il faut la concilier avec les droits de l'humanité. »

La jurisprudence d'autre part fut saisie d'une question qui intéressait au plus haut point la liberté individuelle. L'art. 114 qui établissait en matière correctionnelle la possibilité pour les prévenus d'être mis en liberté sous caution, leur conférait-il un droit absolu à l'élargissement ?

Par quatre arrêts successifs (21 avril 1815, 15 juillet 1837, 27 mars et 17 juillet 1841), la Cour de cassation décida que le juge devait se borner à vérifier les faits, à constater qu'il s'agissait bien d'une poursuite correctionnelle, et que les garanties exigées par la loi étaient présentées par le prévenu, mais qu'il ne pouvait pas refuser la liberté à celui qui la sollicitait, toutes les conditions légales étant remplies. La Cour s'inspirait dans les considérants des arrêts, des principes posés par la Révolution française en matière de détention préventive : règles immuables, auxquelles

le Code n'avait pas voulu porter atteinte. L'élargissement sous caution demeurait un droit pour les prévenus correctionnels, comme autrefois, seulement l'art. 114 tranchant une question de compétence et employant à ce propos le mot « pourra » confiait à la chambre du conseil, ce qui, avant 1808, appartenait au directeur du jury : le soin de vérifier si le détenu rentrait bien dans les termes de la loi et avait effectivement droit à la liberté provisoire.

Cette décision libérale, dictée par de louables préoccupations, et par le désir de voir diminuer le nombre et la durée des détentions préventives, n'était guère conforme aux travaux préparatoires du Conseil d'Etat. L'archichancelier (Locré, t. XXV, p. 191) y avait nettement déclaré qu'on ne devait pas relâcher indistinctement tous ceux qui sont accusés de délits correctionnels, et qu'il suffisait de laisser cette faculté aux juges. La lettre même des art. 113 et 114, dont la Cour de cassation donnait une explication trop ingénieuse pour qu'elle fût vraie, condamnait la solution, qui fut définitivement écartée par un arrêt des chambres réunies du 23 février 1844 portant : « que la législation antérieure consacrait au profit des prévenus non menacés d'une peine afflictive ou infamante, un droit absolu à la liberté sous caution ; mais que le Code, loin de se servir des formules impératives des lois antérieures, qui seules pouvaient imposer aux juges l'obligation d'accorder la liberté, s'était au con-

traire muni de termes tels qu'il en résultait pour le magistrat un pouvoir facultatif; que cette faculté éclatait dans l'usage du mot « pourra » de l'art. 113, de l'art. 114, § 2; et que cet ensemble de dispositions avait entendu confier à la prudence et à l'impartialité des tribunaux le soin de discerner les cas où le prévenu pourrait sans inconvénients pour la découverte de la vérité ou la sûreté publique, être admis à jouir de sa liberté provisoire moyennant caution (1). »

Le Code de 1808, ainsi interprété conformément à ses origines et à ses dispositions textuelles, recouvrait sa véritable portée, peu favorable à la liberté individuelle. Ce ne fut qu'après de longs assauts, dont nous devons faire connaître la date et le but, qu'il subit enfin de graves modifications.

Dès 1831 un projet de loi destiné à améliorer l'instruction préparatoire, pose en principe que la liberté provisoire sous caution est un droit absolu pour les

(1) En ce sens : Colmar, 16 déc. 1814; Limoges, 24 oct. 1837; Colmar, 15 sept. 1837, 31 oct. 1839; Paris, 20 av. 1838; Orléans, 7 déc. 1839; Toul., 19 av. 1841; Montp., 15 nov. 1842; Orléans, 10 mai 1843; Cass., 28 av. 1847 et 10 av. 1862.

En ce sens : Legraverend, t. I, p. 343; Bérenger, *Just. crim.*, p. 406; Rauter, t. II, p. 348; Mangin, *Journ. de droit crim.*, t. X, p. 7; Boitard, *Inst. crim.* p. 179 et 189; Dupin, *Obs. sur just. crim.*, p. 64; Schenck, *Min. pub.*, t. II, n° 454; Massabiau, *Man. du Proc.*, t. II, n° 339; Duverger, *Man. du J. d'inst.*, t. II, p. 454; Rodière, *Proc. crim.*, p. 144.

prévenus. Toutefois le juge pourrait la refuser dans un certain nombre de cas réservés par la loi. Cette tentative échoua.

Même insuccès pour le projet déposé en 1842 par M. Martin, du Nord, garde des sceaux, aux termes duquel vingt-un délits seraient exclus du droit à la liberté provisoire.

En 1855, la loi du 4 avril, que nous avons étudiée, réalise un premier pas dans la voie du progrès, en permettant au juge d'instruction de donner mainlevée du mandat de dépôt. Avec elle apparaissent pour la première fois depuis le droit intermédiaire, la liberté pure et simple sans caution, et la possibilité d'élargir certains inculpés de crimes.

La loi du 17 juillet 1856 doit être également signalée, car si elle ne se propose pas de diminuer le nombre des détentions préventives, elle aboutit indirectement à en restreindre la durée, en rendant la procédure préparatoire plus rapide. Elle supprime, pour procurer l'accélération des instructions, la chambre du conseil, comme une superfétation évidente; et elle transfère au juge d'instruction le droit qu'avait cette chambre auparavant, de statuer sur les demandes de liberté provisoire et sur la prévention.

Enfin lors de la discussion de la loi de 1863, sur les flagrants délits, on émettait le vœu que l'inculpé à l'égard de qui l'insuffisance des renseignements ne per-

mettait pas un jugement immédiat, fut de droit mis en liberté.

§ 4. *Loi du 14 juillet 1865*

C'est cette loi qui renouvelle complètement les dispositions en vigueur sur la liberté provisoire.

1° Le Code de 1808 disposait que jamais la liberté provisoire ne pourrait être accordée aux inculpés de crimes. La loi de 1865, s'emparant du principe contraire déjà posé en 1855 en matière de mainlevée des mandats, fait sortir la liberté provisoire du domaine de la police correctionnelle et la rend possible même dans les affaires de grand criminel.

2° Le Code exigeait pour que la liberté provisoire fût accordée, que le prévenu donnât caution; jamais elle ne pouvait être pure et simple. Désormais il est permis d'élargir les détenus sans leur demander aucun cautionnement.

3° Le Code de 1808 ne reconnaissait jamais au prévenu le droit à la liberté provisoire. La loi de 1865 impose au juge l'obligation d'en faire bénéficier certains prévenus.

Nous allons reprendre successivement chacun de ces points; mais il nous faut tout d'abord indiquer l'idée fondamentale de la loi.

En thèse générale, la loi de 1865 ne veut pas que les

inculpés puissent exiger leur mise en liberté. Elle se borne à investir le juge du droit de la leur accorder : c'est lui qui apprécie les charges qui pèsent sur eux, la condamnation qu'ils encourent, les garanties de moralité et de stabilité qu'ils offrent, et de cet examen dépend sa décision, car c'est cet ensemble de circonstances et de faits qui permet de prévoir si, une fois relâchés, les prévenus n'en profiteront pas pour fuir. Les dispositions de la loi sont parfaitement concordantes : elles donnent au juge une série de facultés qu'il exerce à son gré. Avec l'art. 91 le droit de décerner à son choix le mandat de comparution ou d'amener, même en matière criminelle ; avec l'art. 94 celui, de maintenir ou de lever les mandats de dépôt ou d'arrêt. Nous constaterons plus loin que, dans la plupart des cas, le juge peut ordonner l'élargissement pur et simple ou le soumettre au cautionnement, s'il juge cette précaution utile. Ce pouvoir, facultatif, l'exposé des motifs le met bien en lumière : « La liberté d'appréciation du juge est la donnée fondamentale du projet de loi. Il cherche principalement ses garanties dans l'intelligence du juge, se gardant bien de le lier par des prévisions absolues que les circonstances mettraient souvent en défaut. La justice ou l'opportunité de la détention préalable ne sera jamais qu'une question de fait à décider dans chaque espèce par des considérations particulières ; c'est le domaine du juge. Il ne peut appartenir qu'à lui seul de voir, sous sa responsabilité, ce qu'on peut deman-

der dans tel ou tel cas de garanties ou de sacrifices à la liberté individuelle. » (Carette, *Lois annotées*, 1865, page 96.)

Etudions maintenant les dispositions de la loi de 1865.

I. Art. 113 : « En toute matière le juge d'instruction pourra, sur la demande du prévenu, et sur les conclusions du procureur de la République, ordonner que l'inculpé sera mis en liberté provisoirement, à charge par celui-ci de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. »

Le Code de 1808 interdisait complètement l'élargissement provisoire des inculpés de crimes. Treilhard nous en donne la raison : « Quand il s'agira d'un crime emportant peine afflictive et infamante, l'exemple de la peine infligée est particulièrement utile à la société. Si l'on admettait ici le principe de la liberté sous caution, il serait bien à craindre que les hommes opulents ne trouvassent toujours le moyen de se soustraire à l'application des peines qu'ils paraissent mériter plus que d'autres, parce que, jouissant de tous les avantages de la société, ils étaient plus fortement obligés à n'en pas troubler l'harmonie. »

C'est donc au nom de l'égalité civile que Treilhard justifiait le Code d'inst. crim. Mais l'argument allait au delà du but, car si la liberté sous caution est une atteinte au principe de l'égalité en cas de prévention de

crimes, elle ne le respecte pas davantage, s'il s'agit de prévenus correctionnels. Ici comme là, elle est attribuée par préférence à ceux qui ont le moyen de déposer des fonds en garantie ou le crédit nécessaire pour trouver un répondant ; ici comme là elle est le privilège de la classe aisée, et ceux qui en bénéficient peuvent en profiter pour fuir : par conséquent, si on la proscriit dans un cas comme un élément d'inégalité, il faut aussi l'écarter dans l'autre.

On pouvait appuyer le système de l'ancien art. 113 sur d'autres motifs bien plus puissants, tirés de la gravité des peines et de la distinction que le Code pénal établit entre les crimes et les délits.

La détention préventive est une garantie de l'exécution de la peine. Plus la peine encourue est considérable, plus la présomption est grande que l'inculpé, si on le laisse en liberté même sous caution, ne cherchera qu'à se soustraire par un éloignement précipité au châ_timent qui le menace. Eh bien ! en principe les crimes sont plus sévèrement punis que les délits. Ceux qui sont poursuivis à l'occasion d'un crime auront donc de fuir une tentation beaucoup plus grande que ceux qui ne sont prévenus que d'un simple délit. Dans la plupart des cas, chez les premiers la tentation sera irrésistible. Pour y couper court, dans l'intérêt de la morale publique et de l'ordre social qu'ils ont troublé par un scandale très grave, on leur refuse la liberté provisoire.

Cette différence de traitement rentrait, pouvait-on

dire, dans l'esprit du Code pénal : « Un abîme sépare les crimes des délits. Cette division en deux catégories des actes punissables n'est pas tirée du fait matériel et arbitraire de la peine (1). Avant d'être écrite dans la loi positive, elle l'était dans la conscience humaine. Pour qui l'étudie profondément, sa base réelle est dans la nature intrinsèque des actions humaines et leur degré d'immoralité. Cela est vrai surtout depuis que les réformes successives ont fait disparaître des qualifications exagérées et des pénalités trop sévères. Les faits que répriment des peines afflictives et infamantes sont pour la plupart à une distance morale infinie de ceux qu'atteignent seulement des peines correctionnelles. L'infamie s'attache aux uns parce qu'ils révèlent dans leurs auteurs une dépravation profonde et redoutable pour la société et un plus grave oubli du devoir (2). » Le législateur en avait conclu que les inculpés de crimes étaient indignes de la liberté provisoire, et que cette faveur devait être réservée aux prévenus correctionnels.

Ces considérations ont été toutes et parfaitement réfutées dans la discussion, l'exposé des motifs et le rapport de la loi de 1865.

Pouvait-on fonder l'inégalité entre prévenus et inculpés pendant l'instruction préparatoire sur l'inéga-

(1) Rossi, *Tr. du droit pénal*.

(2) Carette, *L. annot.*, 1865, p. 99.

gité de la répression ? Non, car : « quand la société punit, elle a devant elle un coupable ; quand elle arrête préventivement un citoyen, où sont, en dehors de la conscience du juge, où sont les garanties ? Un soupçon, si grave qu'il soit, ne suffit pas pour faire un coupable et légitimer l'application d'une peine. Cela est si vrai, le principe est si bien la présomption d'innocence, qu'on en est réduit à proclamer, contre l'évidence du fait, que la détention préventive n'est pas une peine, mais une simple mesure de précaution commandée par l'intérêt public. » M. Nogent-Laurent, rapporteur de la loi de 1855 avait déjà dit : « D'excellents esprits ont pensé depuis bien longtemps que la distinction entre crime et délit, au point de vue de la liberté provisoire, ne devait pas être absolue mais seulement générale. Sans doute le crime étant ordinairement plus grave que le délit, il faut moins de faveur dans le premier cas que dans le second ; mais il est exceptionnellement vrai que certains crimes sont moins graves que certains délits et que les accusés destinés à la Cour d'assises offrent plus de garanties morales, les meilleurs de toutes, que certains prévenus réservés à la police correctionnelle. La loi elle-même, en établissant certaines excuses, et par l'organisation des circonstances atténuantes, assimile dans quelques hypothèses le délit au crime au point de vue de la répression : nous nous autorisons d'elle pour les assimiler au point de vue de la liberté provisoire. »

En outre l'extradition, pratiquée largement, mais dont il faut se garder d'exagérer l'importance, eu égard aux difficultés diplomatiques et aux frais considérables qu'elle entraîne (1) souvent, permettait, dès 1865, de se relâcher des mesures de détention préventive en matière de crimes, car le droit des gens nouveau, s'inspirant de la solidarité morale et de l'intérêt commun avait consacré l'extradition universelle (2) des accusés de crimes.

En résumé, le Code de 1808 et la jurisprudence (arrêt du 13 mars 1824, Mangin, n° 171) qui refusaient aux inculpés de crimes la liberté provisoire, quelque longue que fût l'instruction, devaient disparaître, parce que, en raison et en droit, il n'y a pas lieu de les traiter autrement que des prévenus, et qu'en fait il se peut très bien que les chances d'acquittement ou les grands intérêts qui les unissent au pays leur enlèvent toute idée de fuite.

Depuis 1865, le juge apprécie librement les circonstances de la cause; et il peut mettre en liberté provisoire les inculpés de crimes. La faculté que la loi lui donne n'est pas limitée à certaines catégories de

(1) Affaire Hartmann, dit Karl Meyer (9 mars 1880). Une extradition demandée aux Etats-Unis sous l'Empire, coûta 34,000 fr.

(2) Il a été accordé à la France, 30 extraditions en 1864; 165 en 1877; 144, en 1879; 197 en 1880; de 1874 à 1880, 1189 en tout. Il est vrai de dire que depuis 1869, les extraditions ne sont plus limitées aux crimes.

crimes. Tout système basé là-dessus est arbitraire, et ne dérive d'aucun principe, car il suffit, quel que soit le titre de l'accusation ou la gravité de la peine encourue, que l'inculpé (1) présente certaines garanties pour que sa détention cesse d'être utile à la société et doive ainsi prendre fin (art. 113).

Plus d'exception pour les vagabonds et les non domiciliés ; pour les repris de justice et les individus en état de récidive ; le magistrat les met en liberté, s'il estime que cette faveur peut leur être accordée sans péril et sans inconvénient d'aucune sorte.

Toutefois, les dispositions de l'art. 113 sont entourées de certaines garanties qui en circonscrivent l'application :

1° Le juge ne peut mettre l'inculpé en liberté que sur sa demande.

Il en est tout autrement dans le cas de l'art. 94, quand le magistrat, faisant acte d'initiative personnelle, élargit d'office le détenu par mainlevée du mandat.

2° Le procureur de la République doit être entendu en ses conclusions. Il n'impose pas sa manière de voir au juge d'instruction ; mais si l'ordonnance rendue par ce magistrat ne lui est pas favorable, il peut y former opposition, conformément aux articles 119 et 135.

Le juge d'instruction rend donc une décision con-

(1) Paringault, *Réf. de la lég. crim.*, p. 11 et s. *Contra*, F. Hélie, V, p. 338.

tentieuse. Les deux parties intéressées comparaissent devant lui : l'individu prétend que sa détention n'a plus de raison d'être, soit parce qu'il s'est disculpé, et que les charges qui pesaient sur lui au début de l'information se sont évanouies, soit parce qu'il offre des garanties morales telles qu'on ne doive pas douter de la promesse qu'il fera d'être présent à toute réquisition. Le ministère public combat ces assertions, s'il croit qu'il est dangereux de remettre le prévenu en liberté. Le juge prononce entre eux ; mais, quelle que soit sa décision, elle peut être attaquée, et le principe des deux degrés de juridiction trouve ici sa rigoureuse application.

3° Le prévenu, qui est remis en liberté, doit faire élection de domicile au lieu déterminé par l'art. 121, et prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure, et pour l'exécution du jugement dès qu'il en sera requis (art. 113). Cet engagement doit être mentionné dans l'ordonnance (1) rendue par le juge d'instruction.

S'il manque à cette promesse, le prévenu pourra certainement être arrêté de nouveau,

Cette promesse est accompagnée d'un cautionnement si le juge l'exige.

4° Enfin (art. 126), en matière de crimes, la liberté provisoire a un terme qui a été marqué par la loi ; elle

(1) Dutruc, *Code de la dét. prév.*, p. 56, art. 94.

finir de plein droit à l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation, et contenant une ordonnance de prise de corps.

Notons que tout ce que nous venons de dire des inculpés de crimes, pouvoir discrétionnaire du juge, conditions de la mise en liberté, promesse ou cautionnement, s'applique à la grande masse des prévenus correctionnels, à tous ceux qui sont menacés d'un emprisonnement de plus de deux ans.

II. En matière correctionnelle, une grave innovation est introduite par la loi de 1865 :

Art. 113, § 2 : « En matière correctionnelle, la mise en liberté sera de droit cinq jours après l'interrogatoire en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement. »

La loi de 1865 établit donc deux ordres distincts de prévenus : 1° ceux qui encourent un emprisonnement de plus de deux ans, qu'elle assimile aux inculpés de crimes. Le juge d'instruction peut les mettre en liberté. C'est le principe général, car ils forment la classe la plus nombreuse. 2° Ceux qui encourent un emprisonnement de moins de deux ans. Ceux-ci, le juge doit les mettre en liberté pure et simple sans caution.

Ce droit à la liberté ne fut pas admis sans de vives discussions. Les uns réclamaient le retour pur et simple au décret de septembre 1791 et l'application

de la liberté provisoire sous caution à tous les détenus pour faits qualifiés délits, et domiciliés. Suivant eux(1) la crainte de perdre son cautionnement, l'espérance très fondée dans la plupart des cas de ne pas être condamné au maximum de la peine suffisaient à prouver que la fuite des prévenus n'était pas à craindre.

Les autres, dans un sens opposé, combattaient avec énergie le nouvel art. 113 (§ 2) ; tout droit à la liberté provisoire leur semblait un danger social, et constituer pour la catégorie de détenus qui en bénéficieraient un droit à l'impunité (2). L'usage de la liberté provisoire, disaient-ils, ne peut pas dépendre d'une règle générale posée *a priori* ; tout en cette matière dépend des exigences de la justice, de la gravité de l'inculpation, de la position de l'inculpé, de sa valeur morale et des garanties qu'il présente. C'est une question à résoudre dans chaque espèce, après examen des faits, c'est l'office du juge, et la loi ne saurait lui imposer la décision à prendre.

Le Corps législatif, adoptant une combinaison intermédiaire, vota l'art. 113, § 2 qui établit en faveur des seuls prévenus exposés à moins de deux ans de prison, un droit pur et simple à l'élargissement. — Dans ces termes là, le droit à la liberté ne compromet pas la répression : sans doute deux ans de prison sont un châ-

(1) Amendement de MM. Marie, J. Favre, Picard ; Discours de M. Marie, *Monit.* du 28 mai 1863, p. 677 et 678.

(2) En ce sens, M. Seneca, *Monit.* du 30 mai 1863, p. 696.

timent susceptible d'effrayer celui qui en est menacé. Mais il court la chance que cette longue détention soit réduite à dix jours. Comment croire alors que pour échapper à cette peine, le prévenu, abandonnant tout ce qui l'attache au pays, domicile, profession, amis, parents, intérêts, se condamnera volontairement à un exil dégradant et misérable, qui ne durera pas moins de cinq ans, nécessaires à la prescription de la peine ?

Le droit à la liberté provisoire, ainsi reconnu au profit des prévenus correctionnels qui encourent un emprisonnement de moins de deux ans, est soumis à plusieurs conditions :

1° Il faut qu'il s'agisse d'un prévenu domicilié. Le prévenu doit en effet se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. Le domicile est sans contredit la moindre des garanties qu'on puisse exiger de lui, le moindre gage qu'il puisse offrir de sa moralité, et des liens d'attache qui l'unissent à un lieu déterminé. Sans domicile, les réquisitions de la justice ne sauraient où s'adresser et n'auraient aucune assurance d'être obéies.

2° L'élargissement n'aura lieu que cinq jours après le premier interrogatoire, qui suit dans les vingt-quatre heures le mandat d'amener.

Ce délai est donné au juge d'instruction pour prendre sur l'individu arrêté les renseignements nécessaires pour déterminer sa situation sociale, consulter son

casier judiciaire, et vérifier la déclaration qu'il fait de son domicile. Ce délai est bien suffisant si le prévenu a été arrêté au lieu même de sa naissance, et aussi dans le cas contraire, car les magistrats ont le télégraphe à leur disposition (Circ. du 14 oct. 1865). D'ailleurs le mandat d'amener n'a pas été décerné sans un commencement d'information.

3° Art. 113, § 3 : « Le droit à la liberté provisoire ne s'applique ni aux prévenus déjà condamnés pour crime ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus d'une année. »

Nous pensons que cette disposition ne retire le droit à la liberté qu'à ceux qui, pour crime ou délit, ont été condamnés à plus d'un an de prison ; qu'il reste acquis à ceux dont la peine a été seulement d'une année, même si elle a été prononcée à l'occasion d'un crime.

III. Le Code de 1808 subordonnait toujours la liberté provisoire à la condition d'un cautionnement.

C'était là une atteinte grave aux principes de l'égalité civile, car le Code aboutissait à priver de la liberté provisoire, les prévenus peu fortunés, ceux qui ne peuvent pas donner de cautionnement, et à qui la liberté est particulièrement utile, puisqu'ils nourrissent leur famille des produits de leur travail.

La loi de 1855 avait déjà corrigé en partie ce résultat en autorisant la mainlevée facultative, mais pure et

simple, du mandat de dépôt. La loi de 1865 va plus loin ; elle décide :

1° Que l'élargissement, quand il est de droit, a toujours lieu sans caution. Le peu de gravité du délit, l'existence d'un domicile paraissent à la loi des garanties suffisantes.

2° Que toutes les fois que l'élargissement n'est pas un droit, mais une concession du juge, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'adresse à un prévenu de délit, passible de plus de deux ans de prison, ou à un inculpé de crime, il peut être subordonné à la prestation d'un cautionnement, ou laissé pur et simple. au gré du magistrat.

Rien de plus juste ! Le juge pourrait refuser totalement la liberté provisoire, à plus forte raison doit-il avoir le droit de ne la donner que conditionnelle !

C'est une nouvelle application du pouvoir discrétionnaire du juge ; il apprécie l'utilité du cautionnement : « Il se peut, en effet, que le cautionnement ne soit pas nécessaire. Les antécédents d'un inculpé, son caractère connu, sa position dans le monde, ses liens de parenté ou d'affection, sa fortune, sa pauvreté même sont, dans bien des cas, une garantie plus efficace que le cautionnement et peuvent le rendre parfaitement inutile (1). »

(1) Rapp. Carette, *Exp. des mot.*, p. 96.

§ 5. *Du cautionnement.*

Le cautionnement remplace la détention préventive. C'est le frein tout-puissant qui doit empêcher l'inculpé de fuir. Le cautionnement doit donc être élevé, si l'on veut que la crainte de le perdre le retienne à la disposition de la justice. D'autre part, il faut éviter que la liberté sous caution constitue un privilège au profit de la classe riche, et cette considération exige que le taux n'en soit pas trop élevé.

Comment concilier ces deux idées ?

Nous pensons que la quotité du cautionnement ne peut pas être déterminée *a priori*, et qu'elle doit être, dans chaque espèce, fixée par le juge d'instruction. En effet, plus les chances de fuite sont grandes, plus il faut que le cautionnement soit considérable. Or les chances de fuite dépendent de la situation de l'inculpé, de la gravité du fait incriminé, c'est-à-dire des éléments de chaque cause. Donc le cautionnement, lui aussi, doit varier avec les circonstances particulières du procès. Il faut enfin, pour qu'il ne dégénère pas en privilège de caste, qu'il soit mesuré aux ressources personnelles de celui à qui on l'impose.

M. Livingstone, dans le Code de la Louisiane, a parfaitement précisé les difficultés du problème et proposé la véritable solution : « Le montant du cautionne-

ment ne saurait être proportionné par la loi aux circonstances de chaque cas particulier : c'est un des points les plus importants et les plus délicats du pouvoir judiciaire. Il doit être balancé de manière à ne pas permettre qu'un délinquant échappe à la loi, moyennant le paiement d'une peine pécuniaire; ni que ce privilège soit en dehors de la portée des pauvres. Afin d'en faire une garantie certaine de la comparution des parties, il doit être déterminé par les considérations suivantes : 1° la nature de la punition à infliger en cas de châtimement; 2° la situation pécuniaire de la personne accusée. Si l'offense est punissable par les travaux de force, l'emprisonnement ou la privation des droits civils, le désir d'échapper à la punition étant plus grand doit être contrebalancé par une plus forte garantie. La fortune de l'accusé doit aussi être prise en considération. Le pauvre peut être surchargé par l'imposition d'un cautionnement, qui serait de nulle garantie pour la comparution du riche. Il est de l'essence du cautionnement d'être variable : c'est sa mobilité qui fait son égalité et sa puissance. »

Le Code de 1808 n'avait point du tout appliqué ces principes (art. 119) : « Le cautionnement ne peut jamais être au-dessous de 500 francs. C'est là son minimum. — Mais si le délit est punissable à la fois de la prison et d'une amende, le cautionnement peut s'élever jusqu'au double de cette amende. C'est là son maximum, sans que ce maximum puisse être inférieur

à 500 francs. — Enfin si le délit a causé un dommage civil appréciable en argent, arbitré par le juge d'instruction, le cautionnement sera triple de cette valeur. »

Le Code de 1808 violait donc le principe d'égalité civile, en fixant au cautionnement un tarif minimum tel qu'il était inaccessible aux pauvres, et que, maximum, il n'était pas pour les riches un lien d'attache sérieux.

Un décret du gouvernement provisoire de 1848 (24 mars), précédé de considérants qui rappellent les vrais principes de la matière, supprima le minimum du cautionnement, et permit ainsi aux magistrats d'abaisser indéfiniment le tarif du cautionnement sans cependant le supprimer (1) complètement.

La liberté conditionnelle fut ainsi mise à la portée des détenus les moins fortunés.

La loi de 1865 réalisa de nouveaux progrès. Ses dispositions sont au nombre de trois :

1° Art. 120. Le montant du cautionnement est déterminé par la juridiction qui statue sur la demande de liberté provisoire.

Elle prendra en considération, dit l'exposé des motifs, la position de l'inculpé, la nature de l'infraction et la gravité de la peine (Carette, *Lois ann.*, 1865, p. 96).

(1) Cour de Poitiers, 18 mai 1850.

2° La loi de 1865 facilite le cautionnement par une tierce personne. Sous l'empire du Code, toute tierce personne qui voulait garantir en se portant caution, la représentation d'un inculpé, devait justifier de sa solvabilité personnelle par les sûretés immobilières des art. 2018 et 2019 du Code civil, procédure remplie de contestations et d'entraves. L'art. 120 supprime cette obligation : « La mise en liberté est ordonnée sur le vu de l'acte de soumission du tiers, reçu au greffe. »

3° Enfin, l'art. 122 ramène à son véritable but, le cautionnement. Il ne garantit plus le paiement des réparations civiles, car le législateur a pensé que, si la détention préventive dont il tient la place, se justifie, c'est seulement quand elle sert un intérêt public, et qu'appliquée à un intérêt privé, elle n'est plus qu'une rigueur illégitime.

§ 6. *Juridictions compétentes pour accorder la liberté provisoire.*

Toutes les fois que la liberté provisoire n'est pas un droit pour lui, le prévenu forme une demande afin de l'obtenir.

Il doit l'adresser (art. 116) à la juridiction saisie de son procès, au moment où il la forme : c'est-à-dire au juge d'instruction, tant que celui-ci n'a pas rendu d'ordonnance de mise en prévention; à la chambre d'accu-

sation, depuis l'ordonnance de transmission rendue par le juge d'instruction, jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises; au tribunal correctionnel, s'il a été saisi de l'affaire par le juge d'instruction ou par la chambre d'accusation.

Ce que nous voulons noter ici, c'est que la chambre des mises en accusation (art. 126) ne peut plus élargir l'inculpé à partir du moment où elle le déclare justiciable de la Cour d'assises; et que si, à cette date, la liberté provisoire existe, elle prend fin aussitôt. Ainsi le veut l'ordonnance de prise de corps, attachée à l'arrêt de renvoi.

Toutefois, il est certainement permis (1) au procureur général chargé de l'exécution des arrêts rendus au grand criminel, de surseoir à l'exécution de l'ordonnance de prise de corps, et de différer, en y procédant d'ailleurs à temps, l'arrestation de l'accusé. C'est là une temporisation qui peut être dangereuse, et dont le procureur général n'use que très rarement. On le voit (2) quelquefois s'en servir dans les poursuites qu'il exerce à l'occasion d'un duel ou d'un délit de presse.

Ces exceptions sont si rares qu'elles ne comptent pas.

(1) Morin, *Journ. de droit crim.*, art. 8112, p. 311, — *Contra*, Dutruc, *Dét. prév.*, p. 120.

(2) Aff. Roustan Rochefort, Ass. Seine, 14 déc. 1881; Aff. de Montceau-les-Mines, Ass. de Châlon-sur-Saône, 25 oct. 1882; Aff. de Massas-Dichard, Ass. de la Seine, 26 déc. 1882.

En réalité, tout inculpé de crime, quelles que soient les garanties qu'il offre à la justice, aura toujours à passer en état de détention préventive, le temps qui s'écoulera entre l'arrêt de renvoi et le verdict du jury. Ce temps est considérable si l'arrêt de renvoi est rendu au début d'une session trimestrielle et, surtout, si la procédure étant incomplète ou irrégulière, la Cour d'assises remet l'affaire à une autre session.

On a dit, pour justifier cette sévérité de la loi, que l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation, crée contre l'inculpé un préjugé si grave de culpabilité, qu'il serait téméraire de lui laisser le droit d'attendre son jugement ou de s'y dérober. Jusque là, il est protégé par la présomption d'innocence, et nul ne peut s'indigner de le voir en liberté ; mais l'arrêt de renvoi établit contre lui une présomption de culpabilité, telle que la conscience publique s'étonnerait (1) à bon droit d'une liberté prolongée jusqu'au jugement.

Cette manière de voir est aujourd'hui abandonnée. De toutes les dispositions qui régissent actuellement la liberté provisoire, celle des art. 116 et 126 est universellement condamnée, et l'on s'accorde à reconnaître que la chambre des mises en accusation devrait avoir le droit de suspendre l'effet de l'ordonnance de prise de corps, à l'égard des accusés dignes de

(1) Carette, *Lois annotées*, 1865, p. 405.

cette faveur, jusqu'à une date voisine de la comparution en assises.

La magistrature s'est mise à la tête de ce mouvement. Un grand nombre d'arrêts ont jugé qu'il y a place (1) encore pour la liberté provisoire après l'arrêt de renvoi. La Cour de cassation (2) liée par les termes absolus des articles, et des déclarations faites au Corps législatif en 1865, a dû casser ces décisions.

L'amertume et l'unanimité des critiques dirigées contre la disposition légale qui nous occupe s'expliquent aisément.

En effet : l'obligation imposée à la chambre d'accusation et, partant, à la Cour d'assises, de garder l'accusé en prison à dater de l'arrêt de renvoi, n'est qu'une anomalie dans le Code d'instruction criminelle. A quoi bon donner au juge le droit de lever le mandat de dépôt, quel que soit le titre de l'accusation, si par cela seul que l'inculpé est décrété d'accusation, le bénéfice de cette mesure lui est retiré pour faire place à une détention préventive de plusieurs mois ?

(1) Ass. Saône-et-Loire, 25 juin 1867; Aveyron, 11 mars 1871; Saint-Denis (Réunion) 8 janvier 1872; Somme, 15 janv. 1872; Puy-de-Dôme, 15 mai 1879; Haute-Vienne, 5 fév. 1872.

(2) Cass. 13 juin 1872, 13 juillet 1872, 5 octobre 1882, 9 novembre 1882. Ass. du Nord, 29 nov. 1871; Saône-et-Loire 9 nov. 1882; Seine-et-Oise, 22 av. 1872; Seine-Inférieure, 26 déc. 1871; Nord, 4 août 1880.

Ajoutons qu'en pratique (1) elle produit de fort mauvais résultats : pour épargner à l'inculpé une trop longue détention préalable, bien souvent les magistrats correctionnalisent l'affaire. L'inculpé y trouve l'avantage de rester libre, mais il y perd celui de comparaître devant le jury. Que si, au contraire, le juge d'instruction saisit la chambre d'accusation, et celle-ci la Cour d'assises, c'est la société qui en souffre, car le jury (2), très sensible à l'argument tiré de la longueur de la détention préventive, se laisse volontiers aller à un acquittement.

§ 7. *Voies de recours ouvertes à l'inculpé en matière de liberté provisoire.*

Le Code donnait au ministère public le droit de former opposition aux ordonnances du juge d'instruction.

Ce droit était précieux dans le cas où ce magistrat, contrairement aux conclusions du procureur, accédait à la demande du prévenu et lui accordait la liberté sous caution.

(1) M. Paringault, *Réf. de la lég. sur la lib. prov.*, n° 63, Disc. de M. l'avocat gén. Berr, p. 41, Riom, 4 nov. 1879.

(2) C'est certainement une des meilleures raisons que l'on puisse donner du grand nombre des acquittements en assises : en 1864, la proportion est de 24 acquittements sur 100 accusés jugés contradictoirement; en 1877 de 21 0/0; en 1879 et 1880 de 22 0/0.

Quant au prévenu, dont la liberté était en jeu, le Code ne lui reconnaissait pas le droit d'opposition. La jurisprudence, dans le silence de la loi, dut le créer de toutes pièces.

Elle décida que le prévenu serait apte à former opposition toutes les fois qu'il s'agirait (1) d'une ordonnance, dans laquelle le juge se déclarerait compétent sur le déclinatoire soulevé par le prévenu — ou d'une question de liberté provisoire (2). La Cour de cassation observait : que le droit du prévenu d'un délit correctionnel à demander sa liberté conditionnelle, serait illusoire, si son exercice pouvait être arbitrairement paralysé par la volonté d'un tribunal inférieur, sans recours à une juridiction supérieure. »

La loi de 1856 s'empara de ces deux solutions et les régla. L'art. 135 porte : « que le prévenu peut former opposition aux ordonnances rendues en vertu de l'art. 114 et dans le cas prévu par l'art. 539. » Or l'art. 539 suppose que le magistrat s'est déclaré compétent contrairement au déclinatoire présenté par le prévenu ; et l'art. 114 est relatif à la demande de mise en liberté provisoire formée par lui, dans le cas où cette liberté n'est pas de droit, et portée devant la juridiction saisie de l'affaire, au moment où la demande est introduite.

(1) Cass., 7 nov. 1816, 30 nov. 1813 ; Paris, 27 avril 1833.

(2) Cass., 15 juillet 1837 ; Paris, 13 fév. 1816 ; Toulouse, 19 avril 1841 ; Cass., 28 mai 1847, 10 mars 1848.

Le prévenu peut certainement attaquer l'ordonnance qui lui refuse totalement la liberté provisoire. On lui conteste le droit de l'attaquer quand elle se borne à déterminer un chiffre de cautionnement trop élevé pour lui. A tort suivant nous. En effet, la loi ne veut pas que son action bienfaisante puisse être paralysée par une volonté arbitraire et sans contrôle, qui écarterait sans recours possible les demandes de liberté provisoire. Or (1) la fixation d'un cautionnement trop élevé aboutit en réalité au même résultat que le rejet pur et simple de la demande : donc, dans les deux cas, l'opposition doit être reconnue à l'inculpé. C'est l'esprit de la loi.

Depuis 1865, d'ailleurs, cette solution ne souffre guère (2) de difficulté, puisque la fixation du cautionnement doit être faite dans l'ordonnance de mise en liberté, laquelle est toujours susceptible d'opposition.

L'opposition peut être formée dans les vingt-quatre heures qui suivent la notification de l'ordonnance au détenu par le greffier, et cette communication doit elle-même avoir lieu dans les vingt-quatre heures de l'ordonnance.

La loi de 1856 ne parlait que du droit d'opposition. Mais la jurisprudence continua à admettre que l'appel et le recours en cassation demeuraient ouverts à l'in-

(1) Duverger, *Man. des J. d'inst.*, t. II, p. 483.

(2) Dutruc, n° 59, note 1.

culpé contre les jugements ou arrêts rendus en matière de liberté provisoire, le premier pendant dix jours (art. 203), le second pendant trois jours (article 373).

La loi de 1865 fut plus explicite. Elle proclame (art. 119) expressément le droit à l'opposition et à l'appel, et fixe pour l'exercice de ce droit un délai uniforme de vingt-quatre heures, qui court contre l'inculpé du jour de la notification.

Toutefois une lacune subsiste : la loi de 1865 est muette sur le recours en cassation. Doit-on le reconnaître à l'inculpé ? Oui, certainement ; la jurisprudence antérieure à la loi, les déclarations faites dans l'exposé des motifs (Carette, 1865, page 97. *L. annot.*) ne laissent là-dessus aucun doute. Ce recours sera utile aujourd'hui surtout, qu'il y a un droit à la liberté pure et simple en faveur de certaines catégories d'inculpés, la question d'application des textes étant de nature à être soumise à la Cour de cassation.

Le délai dans lequel ce recours doit être formé n'est pas indiqué par la loi. M. Dutruc croit (1) qu'il faut lui appliquer le délai de vingt-quatre heures de l'art. 119. Mais la plupart (2) des auteurs pensent qu'il est régi par les principes du droit commun (art. 373), et demeure ouvert pendant trois jours.

(1) *Dét. prév.*, n° 79.

(2) F. Hélie. t. IV, n° 2004 ; *Journ. du min. pub.*, p. 304 ; Ortolan, t. II, n° 2355.

Rappelons en terminant que quand le juge d'instruction met en liberté un inculpé par mainlevée de mandat, cette mesure, toute d'instruction, échappe à tout recours. On ne voit pas comment le procureur songerait à l'attaquer, puisqu'il a dû émettre un avis conforme; l'inculpé, qui est élargi, n'a point à s'en plaindre. La remarque n'a d'intérêt qu'en ce qui concerne la partie civile.

Maintenant que nous savons comment s'accorde la liberté provisoire, étudions rapidement comment elle prend fin.

1° Art. 125 : « Si, après avoir obtenu sa liberté provisoire, l'inculpé cité ou ajourné ne comparait pas, le juge d'instruction, le tribunal ou la Cour, selon les cas, pourra décerner contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt, ou une ordonnance de prise de corps. »

Il ne s'agit bien entendu ici que de celui qui ne présente pas d'excuse suffisante.

2° Art. 126. « L'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation, constitue de plein droit l'état de détention préventive. »

3° La découverte de charges nouvelles et graves, qui modifient la situation, exige souvent que l'on s'assure de la personne de l'inculpé. Art. 115 : « La mise en liberté aura lieu sans préjudice du droit que le juge d'instruction conserve dans la suite de l'information, de décerner un nouveau mandat d'amener, d'ar-

rêt ou de dépôt, si des circonstances nouvelles et graves rendaient cette mesure nécessaire. »

« Toutefois si la liberté provisoire avait été accordée par la chambre des mises en accusation, réformant l'ordonnance du juge d'instruction, le juge ne pourrait décerner un nouveau mandat, qu'autant que la Cour, sur les réquisitions du ministère public, aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision. »

§ 8. *Critique de la loi de 1865.*

Les lois de 1855 et de 1865 n'ont pas donné les excellents résultats qu'en espéraient leurs auteurs. Le nombre des poursuites d'office par le ministère public a augmenté d'une façon sensible, celui des arrestations et des emprisonnements préventifs s'est également accru : seul le chiffre des mises en liberté provisoire demeure stationnaire (1).

C'est là une situation inquiétante (2) pour la liberté individuelle ; et il nous paraît (3) incontestable que s'il est quelquefois difficile d'abréger la durée de la détention préventive, il serait au moins possible de la ren-

(1) Les statistiques mettent à part 20,000 individus qui sont élargis d'office par le parquet. La proportion des libertés provisoires relativement au nombre des détenus est de 4 0/0.

(2) Tessier, *Réf. urg. de l'inst. crim.*, p. 1.

(3) Statis. Humbert, 1826 à 1880. *Rapport*, p. 106.

dre plus rare, en certaines matières, où la garantie sociale ne semble pas l'exiger absolument. La répression y gagnerait, car, très souvent, les juges acquittent ou ne condamnent qu'à des peines très légères, les prévenus qui ont subi une longue détention préalable.

La source du mal, le rapporteur la signalait déjà en 1865 (Carette, *L. ann.*, 1865, p. 101) : « L'état de choses actuel, si funeste aux libertés individuelles, se maintiendra ; le progrès sera insensible, tant que la liberté en matière de délits sera une faculté dont le juge dispose, et non un droit pour le prévenu. Le vrai moyen de protéger la liberté individuelle, est de limiter, par la loi elle-même, les atteintes qu'elle peut subir au nom de l'intérêt public. »

La loi de 1865, qui devait inaugurer une ère nouvelle, et qui en réalité n'a eu que des effets minimes, fait ressortir encore plus clairement la justesse de cette appréciation. Les mises en liberté sont rares en effet parce que les magistrats ne font pas usage de la faculté qu'ils ont d'élargir les prévenus ; parce que le cautionnement n'est point entré dans les mœurs judiciaires (1) ; parce que, enfin, les délits auxquels s'applique aujourd'hui le droit à la liberté, sont (2) peu nombreux et sans gravité.

(1) Il y a en moyenne 297 cautions par an ; dont 62 seulement par simple soumission d'un tiers.

(2) Il y a, année moyenne, 159 mises en liberté de ce chef.

Des deux principes posés par la loi de 1865, il y en a donc un que l'expérience condamne : celui qui fait du juge le dispensateur souverain de la liberté pendant l'instruction ; l'autre au contraire qu'elle exalte comme la sauvegarde unique de la liberté individuelle : celui qui fait de l'élargissement un droit pour les prévenus de délits correctionnels. C'est dans cette voie, il n'en faut pas douter, que le législateur doit chercher les réformes nécessaires.

Tout le monde cependant n'entend pas de la même façon la liberté de droit en matière correctionnelle.

Les uns, reprenant l'amendement de M. Marie (1), voudraient que le magistrat, instruisant à l'occasion d'un délit, fût toujours obligé de délivrer un mandat de comparution, avant de recourir au mandat coercitif.

Nous écartons ce système, car il nous semble que dans bien des cas le mandat de comparution serait une invitation à fuir, et que le prévenu ne négligerait pas cet avertissement. Pour nous, le droit d'arrestation doit appartenir au juge dans toute sa plénitude. C'est en effet l'arrestation immédiate qui permet de rassembler les principaux éléments de l'instruction, d'interroger le prévenu, de paralyser les agissements frauduleux par lesquels il tenterait d'entraver l'enquête judiciaire ; seulement l'arrestation une fois opérée, il y

(1) *Monit.* 28 et 30 mai 1865, p. 677 et s., 694 et s. En ce sens, M. Tessier, *Réf. urg.*, p. 16.

aurait lieu de mettre un terme rapide à la détention préventive.

Ce n'est pas dans la liberté pure et simple de droit, pour tous les prévenus de délits correctionnels domiciliés, que nous voyons les améliorations désirables : le domicile, isolé de tout autre intérêt, ne nous paraît par un lien assez solide pour retenir le prévenu. Il faut une autre garantie plus puissante : il faut le cautionnement.

Le cautionnement, soit en espèces, soit réduit à l'engagement d'un tiers, voilà la véritable sauvegarde de la liberté individuelle ! Dans la société contemporaine, qui repose sur l'extrême diffusion des richesses et la multiplicité des fortunes privées, nul ne peut dire que ce soit là un privilège choquant : tout prévenu de délit, domicilié, conserverait le droit à l'élargissement pur et simple, si la peine encourue est inférieure à deux ans ; à l'élargissement conditionnel, moyennant un cautionnement arbitré par le juge, s'il s'agit d'une peine plus forte.

La législation anglaise nous offre une application très exacte de ce programme :

Les arrestations sont plus faciles qu'en France. En fait elles sont aussi plus nombreuses.

Mais les justiciables en souffrent beaucoup moins, parce que tout est prévu, pour qu'ils obtiennent leur mise en liberté provisoire sous caution, avec promptitude et facilité.

CHAPITRE II

ACTES ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'INSTRUCTION

SECTION PREMIÈRE

DE L'INTERROGATOIRE ET DE L'AVEU

§ 1^{er}. *Historique.*

L'interrogatoire ne prit une place importante dans la procédure criminelle qu'à l'époque où la forme inquisitoriale commença à se propager. Il apparaît de suite (1) avec ses deux caractères distinctifs : il est à la fois un moyen de défense et un procédé d'instruction, parce qu'il permet à l'inculpé de se justifier immédiatement et d'établir ainsi que c'est à tort qu'il est privé de sa liberté ; et en même temps au juge d'ins-

(1) Ayrault. *Inst. jud.*, liv. II, n^o 2 et 3.

truction, de recueillir de la bouche même de l'inculpé des aveux sincères ou des révélations précieuses sur les circonstances du crime et les complices.

« Le premier interrogatoire, dit (1) Jousse, doit avoir lieu dans le plus bref délai, afin de voir par là si les accusés sont véritablement criminels, de peur que les innocents ne soient injustement détenus dans les prisons, et que les juges puissent les élargir promptement; ensuite afin que les criminels n'aient pas le temps d'inventer des moyens pour déguiser la vérité. »

L'interrogatoire conserva cette double direction jusqu'à la fin du xviii^e siècle, en théorie (2) du moins; car en pratique, grâce à l'usage de la torture et à l'abus des confrontations, il fut employé uniquement comme le procédé d'instruction le plus sûr pour enlever un aveu.

La fausse application, que faisait de l'interrogatoire la magistrature de l'ancien régime, disparut à la Révolution. Les lois des 16-29 septembre 1791, le Code du 3 brumaire an IV donnèrent à l'interrogatoire, sous le nom d'examen, un sens tout nouveau, et supprimèrent la procédure en usage auparavant, contre le muet volontaire.

Le Code d'instruction criminelle, peu explicite sur ce point, reprit l'interrogatoire tel qu'il existait sous l'ordonnance de 1670. Il en fait un moyen de défense,

(1) T. II, p. 254.

(2) D'Aguessau, let. 12 mai 1730.

le seul même qu'il organise en faveur de l'inculpé séparé de tout conseil pendant l'instruction préparatoire, mais aussi un acte d'instruction, car toutes les questions que le juge adresse à l'inculpé, même celles qui auraient pour objet de provoquer ou développer sa défense, peuvent avoir pour résultat, soit par la vérification ultérieure de la véracité de ses réponses, soit par leurs contradictions et leurs mensongères allégations, de mettre sur la voie de la vérité.

§ 2. *Date de l'interrogatoire.*

L'arrestation est une atteinte grave à la liberté individuelle : le juge doit entendre sans tarder celui qui est ainsi frappé dans ses plus chers intérêts.

Art. 93 : « Dans le cas de mandat de comparution, le juge interrogera de suite; dans le cas de mandat d'amener, dans les vingt-quatre heures au plus tard. »

Le mandat d'amener n'a même point d'autre effet : le prévenu ne peut être gardé plus longtemps à la disposition du juge, sans être victime d'une détention illégale.

C'est un devoir rigoureux pour les magistrats de se conformer aux dispositions de l'art. 93. Cette règle est, en effet, une de celles qui protègent le plus efficacement la liberté individuelle : « La loi ne permet pas que l'interrogatoire soit différé; il faut qu'il y soit procédé de suite parce qu'il s'agit de décider la mise

en liberté ou la détention provisoire du prévenu; et rien n'est plus urgent que cette question (1). »

La promptitude de l'interrogatoire importe également à la justice. Il est rare qu'elle n'en tire pas quelques renseignements utiles, qui éclairent les magistrats et permettent à l'enquête de marcher plus sûrement. L'interrogatoire à bref délai est une des conditions de la célérité des procédures, et toutes (2) les circulaires recommandent à ce titre aux magistrats instructeurs, d'y veiller avec le plus grand soin.

Donc dès le début de l'instruction, il y a un interrogatoire. Si l'inculpé est innocent, on ne saurait mettre trop d'empressement à lui donner le moyen de se justifier; et s'il est coupable, à surprendre ses déclarations avant qu'il ait trouvé un système de mensonges ou de dénégations qui lui permette d'échapper à la justice. Cette formalité préliminaire permet surtout de trancher librement la question de liberté provisoire.

Mais cet interrogatoire n'est pas unique : il peut se reproduire autant de fois que cela est jugé nécessaire. En fait il y en a au moins un second à la fin de la procédure, qui, seul, fixe la prévention d'une manière définitive.

Lors du premier interrogatoire en effet, une foule de circonstances obscures ou encore ignorées font que

(1) M. F. Hélie, t. V, *Interrogat.*

(2) Circul. de M. de Serres, fév. 1849; Circul. du procureur du roi, près le trib. de la Seine, 1826.

l'inculpé ne peut pas être complètement sondé : l'audition des témoins fournit des détails nouveaux, des charges imprévues, sur lesquels il est indispensable qu'il soit mis en demeure de s'expliquer, et sommé de produire ses moyens de défense. L'interrogatoire final a lieu dans ce but ; il recueille à côté du système de la poursuite, les réponses faites par l'inculpé ; et met ainsi, la réalité des charges ne pouvant être appréciée qu'autant qu'elles ont été combattues, le juge d'instruction et la chambre d'accusation, en mesure de se prononcer sur la prévention en connaissance de cause.

§ 3. *Formes de l'interrogatoire.*

Nous avons vu, en ce qui concerne la date, que la loi se borne à prescrire une première comparution dans les vingt-quatre heures de l'arrestation ; que les nécessités de la pratique ont suppléé à l'insuffisance des textes et imposé au juge le devoir d'interroger à nouveau le prévenu dans les derniers moments de la procédure.

Sur les formes, la loi est encore plus réservée. Elle n'en parle pas.

On admet généralement qu'elles sont les mêmes que sous l'ordonnance de 1670, c'est-à-dire :

1° Que le juge d'instruction doit vaquer en personne à l'interrogatoire.

Cette règle est commune à tous les actes de l'instruction : mais elle est très importante ici où l'attitude de l'inculpé, ses gestes, les inflexions de sa voix, l'altération de ses traits, l'expression de sa physionomie, doivent être soigneusement observés, parce qu'ils sont du plus haut intérêt pour la découverte de la vérité.

2° Que s'il y a plusieurs prévenus, ils doivent être interrogés séparément.

Merlin nous en donne la raison : « les inculpés d'un même crime devenant témoins les uns des autres, il importe pour tirer des éclaircissements de leur interrogatoire respectif de ne pas les interroger en présence les uns des autres (1). »

Toutefois le juge peut certainement recourir à des interrogatoires par affrontation (Cass., 16 pluviôse an VII).

3° Que l'inculpé doit être entendu par le juge seul, hors la présence du ministère public et de la partie civile.

Inutile d'ajouter (2) qu'aucun étranger, représentant de la presse ou du public, n'y est admis.

L'inculpé ne doit être assisté d'aucun conseil. L'article 302 ne laisse aucun doute là dessus : « le conseil ne peut communiquer avec l'accusé qu'après son interrogatoire par le président des assises. » Pendant

(1) *Répert.*, mot *Interrogat.*

(2) Règle violée dans l'inst. de l'aff. Fenayrou (assises de Versailles, 13 août 1882).

toute l'instruction préparatoire l'inculpé demeure donc sans avocat, à la merci du juge d'instruction : il se présente seul aux interrogatoires, si redoutables pour ceux qui les subissent, même innocents. Illettré le plus souvent ; ignorant de la valeur des mots et de la portée de ses réponses, l'inculpé peut laisser échapper quelque déclaration imprudente ou maladroite, déclaration erronée, confirmée par de trompeuse apparences, sur laquelle il lui est bien difficile de revenir plus tard, et dont le résultat est de prolonger sans raison sa détention préventive, quand elle n'entraîne pas un plus grand malheur ! C'est un aveu mensonger qui produit presque toujours les erreurs judiciaires ; ce sont des explications embrouillées, des excuses mal présentées qui conduisent devant la justice répressive bon nombre de ceux qui y sont acquittés et à qui l'assistance d'un avocat aurait pu épargner les débats douloureux de l'audience.

Le Code ne s'est pas contenté de mettre l'inculpé face à face avec le juge pendant toute la période de prévention, il n'exige même pas qu'il soit informé dès le début, du fait qui lui est reproché, des charges qu'il est appelé à repousser, des motifs qui font que la justice l'arrête et le garde en prison. L'art. 93, en effet, ordonne bien que le prévenu soit interrogé dans les vingt-quatre heures de l'arrestation, mais ne dit point quelles questions doivent lui être posées. Elles peu-

vent (1) rester très vagues, insignifiantes même, laisser dans l'embarras celui à qui elles s'adressent sur les défenses qu'il peut opposer à des attaques mal formulées et incomplètes. Le texte de la loi ne s'oppose pas à cette manière d'agir; et si la Cour de Paris (6 avril 1847) a décidé que, dans le premier interrogatoire, le prévenu doit être mis à même de se disculper, elle n'a point exigé qu'avant d'être interrogé il soit averti clairement des faits sur le fondement desquels l'action publique a été mise en mouvement contre lui, et des constatations déjà opérées. Le juge, en un mot, dirige l'interrogatoire comme il lui plaît; rien ne l'oblige à faire connaître exactement au prévenu l'inculpation dont il est l'objet.

Mais l'inculpé pourrait-il refuser de répondre jusqu'à ce qu'il ait reçu communication des charges de la prévention? Non, certainement! car il n'a pas le droit de l'exiger. Le juge peut accéder à sa demande; il n'en a pas le devoir. Le juge, d'ailleurs, n'a aucun moyen de vaincre la volonté de l'inculpé qui s'obstinerait à garder le silence; aucune violence matérielle, aucune menace ne sont employées pour le faire parler. Le silence est, en effet, un moyen de défense parfait.

(1) MM. Brunet et Dauphin, dans la discussion du projet de réforme voté par le Sénat, ont reconnu l'un et l'autre que le premier interrogatoire n'a lieu que pour la forme, et que le juge s'y borne à reconnaître l'identité du prévenu. A Paris s'entend.

tement légitime : si le prévenu le croit convenable à ses intérêts, dans l'état d'esprit où il est au moment de l'interrogatoire ; s'il craint de se compromettre par une réponse irréfléchie, il est le maître de dénier toute explication.

Toutefois, le mutisme de l'inculpé ne peut pas entraver l'instruction ; outre qu'il indispose le juge contre lui, il suffit, pour que celle-ci suive son cours normal, que l'individu ait été effectivement interrogé et mis à même de se disculper. Le juge ne doit pas d'ailleurs se tenir à un premier refus de parler ; et, par un nouvel interrogatoire, il doit offrir encore au prévenu l'occasion de se justifier, et produire ses explications. Persiste-t-il à se taire ? Il est passé outre à la procédure et à sa mauvaise volonté ; tout est régulier, et le juge conserve le droit de rendre, d'après sa conscience et l'état des preuves rassemblées, telle ordonnance qu'il estime convenable.

§ 4. *Devoirs du magistrat dans l'interrogatoire.*

« Certes, j'ai souvent eu dépit de voir des juges attirer par fraudes et fausses espérances de faveur ou pardon, le criminel à découvrir son fait, et y employer à piperie et l'impudence. C'est une justice malicieuse,

et ne l'estime pas moins blessée par soi-même que par autrui (1). »

Ces paroles de Montaigne ne peuvent pas s'appliquer à la pratique judiciaire de notre temps, où l'on procède loyalement aux interrogatoires des inculpés. Mais il faut reconnaître que la loi a laissé la porte ouverte à tous les abus. Pour le Code comme pour l'ordonnance de 1670, la preuve par excellence de la culpabilité, c'est l'aveu. L'aveu est presque toujours sincère ; il est la plupart du temps le résultat des remords, de l'impossibilité où se trouve le prévenu de nier plus longtemps en présence des preuves qui l'accablent. En fait donc, l'aveu entraînera dans la grande majorité des cas, conviction dans l'esprit des juges, et condamnation.

Aussi le grand triomphe de la procédure préparatoire est d'amener le prévenu à faire des aveux. C'est le meilleur argument de l'accusation : il dispense pour ainsi dire des autres. De là à provoquer l'émission des aveux par tous les moyens possibles, la distance n'est pas grande, et le Code ne défend pas de la franchir : « Le juge, dit M. Mangin, peut user d'adresse et de feinte, c'est-à-dire qu'il doit interroger le prévenu, sans lui communiquer sur-le-champ les charges qui démentent ses réponses ; qu'il peut le presser de questions sur les faits qu'il allègue, l'obliger d'en déduire tous les détails,

(1) *Essais*, liv. III, chap. I.

quoiqu'il sache parfaitement que ces faits sont en contradiction avec les résultats les plus positifs de l'instruction et que ces détails ne sont propres qu'à mettre en évidence la mauvaise foi du prévenu et ses mensonges. »

On se croirait encore sous l'ancien régime où : « il était permis et loisible aux juges de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits ; comme si un prévenu notoirement diffamé de quelque crime n'en veut toutefois rien dire, ny accorder en ses auditions, ni même étant mis à gehenne : alors le juge peut lui faire croire que ses complices et compagnons prisonniers l'ont accusé, encore qu'ils n'y aient pensé, car alors, pour se venger, il rendra peut-être la pareille. De même le juge peut promettre de sauver la vie à un des complices à la charge de découvrir (1) les autres. »

De tels procédés, il faut le dire bien haut, ont été réprouvés par la plupart des jurisconsultes (2) comme indignes de la majesté de la justice et de la toute-puissance des moyens qu'elle a de connaître la vérité : « Entre le juge habile à tendre des pièges et le prévenu, quelque prouvée que soit sa culpabilité, l'esprit cherche souvent lequel est le plus endurci, » disait M. Bérenger (*Just. crim.*, p. 405).

(1) Laroche-Flavin, *Des Parlements de France*, p. 507.

(2) F. Hélié, V, p. 719.

La pratique judiciaire les écarte également : « Le juge d'instruction a des devoirs particuliers à remplir envers les inculpés. L'impartialité de ses interrogatoires leur donnera une assurance qui rendra leur défense facile. Dans cette lutte il a tant d'avantages, lui qu'aucune passion n'aveugle, lui qui joint à l'autorité une raison plus exercée, qu'il dédaignera tous les moyens qui ne seraient pas d'une loyauté entière : aucune méprise, aucune menace, rien par artifice, rien par peur. Il ne violentera pas la conscience du coupable ; il doit tout obtenir par la persuasion qui fait parler le repentir, et par le raisonnement qui désarme le mensonge. Si par suite de conseils séditieux ou d'un coupable système de défense, le prévenu ne répondait rien aux magistrats, le juge doit représenter avec fermeté aux inculpés le tort que leur fait un silence qui paraît une confession dédaigneuse du crime qu'on leur reproche : il fatiguera leur obstination en énumérant les indices qui s'élèvent contre eux et leur persuadera sans doute que c'est une grave présomption de culpabilité que de refuser de répondre à la justice de son pays (1). » Nous n'avons pas la prétention d'ajouter à cet exposé si clair de la conduite que doivent tenir les magistrats instructeurs ; nous nous bornerons à exprimer le regret que la loi ne contienne rien de précis, d'absolu, d'obligatoire

(1) Desclozeaux, Disc. rentrée trib. Paris, 3 nov. 1836.

à ce sujet, et laisse à chaque juge le soin de suivre les règles posées par la doctrine ou de s'en écarter.

§ 5. *Légitimité de l'interrogatoire.*

L'interrogatoire a été vivement attaqué : il est, dit-on, inhumain pour l'inculpé, que le juge invite à témoigner contre lui-même : dangereux (1) pour la justice, qu'il met souvent en présence de déclarations mensongères et d'aveux sans objet. Quelques (2) législations (Anglaise et Américaine) l'ont même complètement écarté.

On signale à l'appui de cette thèse, les abus de l'interrogatoire, et le mauvais usage qui en est ou qui peut en être fait : le prévenu arrêté brutalement, conduit devant le magistrat qui profite du tumulte de ses pensées, de son effroi même, pour lui arracher par des questions trop adroites, des réponses qu'il sera peut-être impossible de rétracter plus tard.

En définitive ce que l'on attaque ici, ce n'est pas le principe même de l'institution, ce sont les applications qu'elle est susceptible de recevoir : or il est bien certain que cela ne suffit point pour la condamner. Sa légitimité nous paraît incontestable, soit qu'on l'envi-

(1) Meyer, *Inst. jud.*, t. III, p. 295.

(2) *Philipps'treatise on the law of evidence*, t. I, p. 446.

sage comme moyen de défense, soit qu'on la considère comme un acte d'instruction.

Sous la première forme, c'est une sauvegarde puissante de la liberté individuelle. Dès qu'un individu, innocent, a été, soit par son fait, soit par suite d'apparences graves, malheureusement arrêté, son droit évident est d'être conduit devant le magistrat compétent pour y être entendu. C'est par l'interrogatoire qu'éclatera l'évidence de l'erreur judiciaire dont il est la victime : « Quel est son plus grand intérêt, quel est son vœu le plus ardent ? Ecarter ce nuage qui entoure sa conduite ; donner toutes les explications qui peuvent la mettre dans son vrai jour ; provoquer les questions, y répondre ; défier les accusateurs. Voilà le désir dont il est animé. Chaque détail de l'interrogatoire est un anneau de la chaîne des preuves qui établissent son innocence (1). »

Acte d'instruction, l'interrogatoire, qui est la confiance de l'innocent, est l'effroi du coupable. C'est là surtout que se recueillent les révélations précieuses pour l'audience. Et peut-on dire que la justice n'ait pas le droit de les provoquer ? Mais le prévenu, dans l'interrogatoire, n'est pas obligé de parler : il est libre de s'y comporter conformément à ce qu'il croit utile à ses intérêts, de parler si bon lui semble et de s'offrir loyalement aux questions du magistrat, ou bien

(4) Bentham, *Preuves jud.*, liv. VII, chap. XI.

de n'opposer que des dénégations aux sollicitations qu'on lui adresse, même de se renfermer dans un mutisme complet. L'interrogatoire est donc un procédé moral d'instruction parce que l'inculpé y est libre de toute contrainte.

Et de quelle utilité l'interrogatoire n'est-il pas pour le magistrat, qui va statuer sur la prévention! Tout contribue à le servir : l'attitude de l'inculpé, sa physionomie, l'accent de ses paroles sont du plus haut intérêt pour la découverte de la vérité. Peut-on soutenir que l'interrogatoire compromet la défense parce qu'il en précipite l'expression? Mais les formes captieuses et suggestives en sont soigneusement proscrites, et, si pressé par les demandes loyales du magistrat, l'inculpé émet des aveux, ou fait des réponses qui l'accusent, ce sont là des aveux spontanés, ou du moins qui n'ont été arrachés par aucune suggestion perfide. Ne l'oublions pas : il n'est pas dans la nature humaine d'avouer des faits honteux, dont on n'est pas l'auteur. Une déclaration mensongère ne pourrait provenir que de la lassitude du prévenu à résister à de mauvais traitements que notre législation ne comporte pas ou d'une sinistre forfanterie que l'expérience (1) nous montre bien rare parmi les accusés. Dès lors il n'y a aucune raison d'enlever à la justice un de ses moyens d'investigation les plus puissants, dont l'emploi

(1) Disc. de M. Caron, avocat général, Riom, 3 nov. 1880.

n'est contraire ni à la morale, ni aux droits des citoyens.

SECTION II

DÈS GARANTIES DONNÉES A L'INCUPLÉ DANS LES ACTES DE L'INSTRUCTION

L'instruction préparatoire est secrète en ce sens non seulement que tant qu'elle dure l'inculpé est tenu à l'écart de tout conseil, mais que généralement on se passe de lui dans tous les actes de la procédure, et qu'on ne l'informe pas des résultats de l'enquête dont il est l'objet.

S'agit-il des constatations judiciaires?

Le juge d'instruction et le procureur de la République y procèdent seuls (art. 62). Rien ne garantit l'inculpé contre des préventions injustes ou des imputations passionnées, que la loi elle-même considère comme possibles, puisqu'elle prend certaines mesures pour les prévenir quand l'un des deux magistrats agit en l'absence de l'autre (art. 42, 59).

Cependant l'art. 39 exige que les perquisitions domiciliaires, ayant pour but la saisie des papiers ou autres pièces et effets en la possession du prévenu, aient lieu en sa présence, s'il a été arrêté. C'est là une des rares dispositions qui manifestent dans la pensée de la

loi, quelque souci des droits de la défense. La Cour de cassation en a précisé la portée, en déclarant que la présence de l'inculpé n'est pas exigée par l'art. 39, à peine de nullité. On peut donc en fait s'en passer.

Les intérêts de l'inculpé, et aussi ceux de l'accusation sont plus gravement compromis par l'emploi que peut faire le juge d'instruction du droit de délégation que lui reconnaît d'une façon générale la jurisprudence.(1) M. Mangin signale les vices de cette pratique. « Les informations où l'instruction se fait par délégation, manquent de l'exactitude, de l'unité de vues et de la perfection désirables. Le juge délégué ne connaît que les parties de l'instruction qui ont été détachées du tout. Il est hors d'état d'apprécier la valeur de plusieurs particularités. La représentation des pièces de conviction, la confrontation du prévenu si souvent nécessaires, deviennent impossibles. Tous les procureurs généraux ont dû remarquer que la plupart des procédures dans lesquelles le juge d'instruction avait usé de la faculté de déléguer, étaient bien imparfaites. »

Quand le juge d'instruction a confié une mission spéciale à des experts, les conclusions de leur rapport sont opposables à l'inculpé sans qu'il puisse les faire discuter par d'autres experts désignés par lui. Il n'a pas le droit, quelque précieux qu'il soit, de provoquer la con-

(1) Cass., 6 mars 1841; Grenoble, 16 déc. 1840.

tre-expertise. Il peut uniquement s'adresser au juge qui, s'il n'y voit pas d'inconvénients, autorisera un nouvel examen ; le refusera, s'il lui paraît superflu.

Cette protection est insuffisante. Il faut ici surtout, où il s'agit ordinairement d'affaires capitales, écarter tout ce qui pourrait être l'occasion d'une erreur judiciaire, et établir la contre-expertise, comme un droit absolu pour l'inculpé toutes les fois qu'il entendra en faire usage. Qui ne sait à quelles difficultés donnent lieu les expertises médico-légales ? sur quelles données souvent fragiles elles s'appuient pour conclure à l'existence d'un crime ? Ne serait-il pas prudent de les faire contrôler par des expériences nouvelles et de rechercher dans la concordance des résultats acquis, cette certitude complète de la perpétration d'un crime, essentielle à toute accusation ?

C'est surtout à l'audition des témoins et à la communication des pièces que le secret de la procédure est appliqué.

Les témoins sont entendus séparément, et hors de la présence du prévenu (art. 73). Le prévenu ne peut donc pas contrôler de suite leurs dépositions, les contredire si elles sont à charge, ni s'en emparer si elles lui sont favorables : il ne peut même pas demander sa confrontation soit avec les témoins, soit avec ses coprévenus. On lui ôte ainsi le moyen de tirer parti des variations et contradictions, qui se produisent dans les témoignages, et de combattre les

preuves à fur et à mesure qu'elles s'accroissent contre lui, et par conséquent de se justifier aussi rapidement qu'il le pourrait.

A-t-il au moins le pouvoir de faire entendre des témoins à décharge, à côté de ceux qui l'accusent ? La loi n'en parle pas : « Le juge d'instruction, dit l'art. 71, fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées par la dénonciation, par le procureur de la République ou autrement, comme ayant connaissance soit du crime ou délit, soit de ces circonstances. »

Et Merlin commentait ainsi ce texte : « les juges d'instruction non seulement ne peuvent pas, mais encore ne doivent pas informer à décharge soit sur des faits justificatifs, soit même sur des faits péremptoirs, qui pourraient amener la conviction de l'innocence du prévenu. »

Nous aimons à croire que cette étrange théorie n'est pas suivie dans la pratique. Quoi ! le juge d'instruction collecteur infatigable (1) de tout ce qui doit répandre la lumière au procès, se contenterait d'appeler les témoins qui accusent, sans écouter ceux qui disculpent ! Et la décision de la chambre d'accusation se formerait sur le vu des charges recueillies contre l'inculpé, sans qu'il ait pu produire des preuves à l'appui de la sincérité de ses réponses ou de ses dénégations ou faire entendre les personnes dont la parole désintéressée doit

(1) Proc. gén. Damay, disc. rentrée, Poitiers, 3 nov. 1853.

donner tant de poids aux arguments de sa défense? Singulière justice que celle qui, de deux parties en cause, prête l'oreille à l'une d'elles seulement.

En fait les juges d'instruction font citer, sinon tous, au moins quelques-uns des témoins désignés par le prévenu, ceux dont les dépositions paraissent devoir être importantes. M. Faustin Hélie (1) leur en précise l'obligation en ces termes : « L'importance de l'audition des témoins à décharge dans l'instruction préparatoire est d'autant plus grande que le juge doit diriger celle-ci en vue des débats définitifs, dont il doit prévoir les chances et les besoins : ce n'est donc pas sa propre conviction qu'il doit consulter, mais la conviction qui devra se former à l'audience. Sans doute des témoins nouveaux peuvent être appelés aux débats ; mais le principe de la procédure est qu'aucun témoin ne doit être entendu oralement, si l'instruction écrite n'a reçu sa déclaration : c'est là la principale garantie du témoignage : les témoins appelés en dehors de cette instruction ne font que révéler ses lacunes et ses négligences. » Ajoutons que la méthode opposée est contraire aux principes élémentaires de justice et d'humanité, car il se peut, au jour de l'audience publique, que l'inculpé instruit tardivement des charges qui pèsent sur lui, n'ait pas le temps suffisant pour découvrir les témoins en état de révéler les circonstances de nature

(1) Inst. crim., t. V, p. 543.

à lui servir d'excuse, ou que sa pauvreté l'empêche de les faire comparaître — qu'elle aboutit encore à faire du magistrat instructeur l'instrument de la poursuite, et de l'acte d'accusation un document partial et incomplet, tandis qu'il doit contenir la relation exacte du fait et de toutes les circonstances pouvant aggraver ou diminuer la peine (art. 241) ; et nous comprendrons que le juge d'instruction, sans s'arrêter autrement aux termes de l'art. 71, consentent volontiers en pratique à entendre, pendant l'information, les témoins à décharge. Mais ne vaudrait-il pas mieux leur en imposer le devoir et n'est-ce pas le cas de dire avec Dupin : « Que tout en cette partie doit être réglé par la loi. C'est là surtout que la meilleure loi est celle qui laisse le moins à l'arbitraire du juge, de même que le meilleur est celui qui s'en permet le moins. »

Passons à la communication des pièces.

Le prévenu n'a jamais le droit de l'exiger, soit qu'il s'agisse pour lui de répondre aux interrogatoires du juge d'instruction ; soit qu'il se propose de présenter un mémoire à ce magistrat, moyen de défense parfaitement légitime, qui lui a été (1) formellement reconnu, et qui constitue une pièce que le juge doit joindre au dossier de l'affaire sans pouvoir l'en distraire sous aucun prétexte.

Au contraire (art. 61) le procureur de la République

(1) Cass., 29 déc. 1832.

est averti par la communication de la procédure, qui lui est faite, de tout acte d'instruction ou de poursuite émanant du juge d'instruction. Le procureur a en outre le droit de requérir cette communication à toutes les époques de l'information, à la charge de rendre les pièces dans les vingt-quatre heures.

Après l'ordonnance de renvoi, les sévérités de la loi pour l'inculpé ne sont pas moindres. S'il est justiciable de la police correctionnelle, aucun texte ne prescrit de lui donner communication des pièces. Mais la jurisprudence a (1) décidé qu'il y avait droit, sans préciser exactement le moment où il peut s'en prévaloir. — S'il est renvoyé devant la chambre des mises en accusation, rien n'indique qu'il ait le droit de prendre connaissance des pièces de la procédure.

Cependant l'art. 217, qui permet à l'inculpé de fournir un mémoire à la chambre d'accusation, semble implicitement admettre qu'il peut requérir la communication des pièces. Comment, sans les documents qui établissent nettement les charges de l'accusation, la défense serait-elle possible ? Le rôle des mémoires (2) serait-il par hasard de réfuter des charges que l'inculpé ignore, de repousser des attaques qu'il ne peut ni prévoir, ni connaître, de se débattre dans le vide, en face d'une accusation dont il sait le but mais dont

(1) Cass., 14 mai 1853, 15 juillet 1881.

(2) F. Hélie, VI, p. 342.

il ignore les moyens? Et ces considérations ont amené plusieurs auteurs (1) à donner au prévenu le droit d'exiger la communication des pièces pour la confection de son mémoire.

Solution plus équitable que juridique et que la Cour (2) de cassation a nettement écartée comme violant (art. 302) un principe certain de notre droit criminel, à savoir : que l'information doit être entourée du secret le plus absolu jusqu'au moment où l'accusé a été interrogé par le président des assises, après l'arrêt de la Chambre d'accusation.

La jurisprudence (3) reconnaît d'ailleurs que, seul, le procureur général peut autoriser la communication des pièces de la procédure pour la rédaction du mémoire dont parle l'art. 217, toutes les fois qu'il estime que cette concession faite à la défense ne compromet pas les intérêts de la poursuite.

En réalité, le droit de rédiger un mémoire est illusoire, grâce à l'ignorance dans laquelle on tient l'inculpé des progrès de l'instruction. Elle le paraîtra encore bien davantage, si l'on remarque que le délai donné

(1) Carnot, t. II, p. 440 ; Legraverend, t. I, p. 248 ; Bourguignon, *Jur. inst. crim.*, t. I, p. 183.

(2) Cass., 19 mai 1827 ; 16 janv. 1852 ; 5 juillet 1855 ; 13 août 1863 ; Poitiers, 30 janvier 1832 ; Aix, 21 juillet 1832, 10 déc. 1847.

(3) Cass., 31 août 1833 ; Poitiers, 28 janvier 1832 ; Toulouse, 2 août 1847 ; Caen, 18 août 1881.

pour préparer le mémoire est le même que celui qui appartient au procureur général pour déposer son rapport : dix jours au plus à partir de la réception des pièces au parquet de la Cour ; que le procureur général n'est pas tenu (1) d'informer l'inculpé du jour où les pièces ont été transmises, que par conséquent celui-ci ne connaît ni le point de départ du délai ni la date de son expiration ; enfin que ce délai de dix jours peut être abrégé si le procureur général termine et dépose son rapport avant qu'il soit écoulé, ce qui entraîne déchéance pour le prévenu du droit de présenter un mémoire, aucun laps de temps supplémentaire ne lui étant attribué à cet effet par la loi.

Le secret de la procédure ne cesse, et les garanties dues à la défense ne commencent à apparaître dans le Code qu'au moment où l'inculpé est devenu un accusé.

Art. 302 : « Le conseil pourra communiquer avec l'accusé après son interrogatoire par le président des assises. — Il pourra aussi prendre communication de toutes les pièces, sans déplacement et sans retarder l'instruction. »

A cette heure la situation s'est gravement modifiée : une décision créant un préjugé sérieux de culpabilité a été rendue : il est temps, après avoir donné à l'accusation toute latitude, de songer à protéger les individus contre la possibilité d'une erreur judiciaire, quelque-

(1) Cass., 13 août 1863. 31 mai 1866.

fois irréparable, et de mettre l'inculpé à même de préparer sa défense. L'art. 302 y pourvoit ; et avec quelle parcimonie ! N'appartient-il pas en effet au procureur général et au président des assises d'apprécier les mesures de sûreté que les circonstances rendent nécessaires, et par exemple d'ordonner que le conseil ne pourra communiquer avec l'accusé (1) qu'en présence d'un geôlier et de deux gendarmes ? — D'autre part, l'avocat veut-il user du droit que lui confère l'art. 305 d'exiger une copie des pièces ? il n'a le droit de l'obtenir gratuitement que s'il s'agit des procès-verbaux constatant le délit et des déclarations écrites des témoins. Pour toutes autres pièces, et il en est de très importantes, telles que les conclusions des experts, les procès-verbaux de descente de lieux, ou ceux dressés par la gendarmerie et contenant des renseignements de moralité, la copie ne peut être prise qu'aux frais de l'accusé, souvent trop pauvre pour y faire face, et ainsi réduit à s'en passer. — Enfin la loi n'a pas fixé le moment où la remise des pièces, dont une copie unique est délivrée gratuitement aux accusés, quelque nombreux qu'ils soient, doit avoir lieu ; et il a été jugé (Cass., 23 sept. 1852) que cette communication pouvait être faite la veille même des débats, ce qui précipite singulièrement la préparation de la défense et peut même la rendre impossible.

(1) Cass., 12 juillet 1810 et 3 oct. 1822.

Après cette longue revue des différents actes de la procédure où l'inculpé se montre à nous dépouillé des garanties élémentaires qui lui sont dues, si on veut faciliter la démonstration immédiate de son innocence ; quand on se rappelle qu'il a été arrêté en vertu d'un mandat d'amener, incarcéré sans doute en vertu d'un mandat de dépôt, c'est-à-dire d'actes qui, ni l'un ni l'autre, ne relatent le fait à l'occasion duquel ils sont décernés — qu'il a peut-être été tenu dans un état de complet isolement pendant toute l'information, grâce au droit qui appartient au juge, de renouveler indéfiniment l'ordonnance portant interdiction de communiquer — que, au cours des interrogatoires, le juge n'a pas l'obligation de porter à la connaissance de l'inculpé les charges qui pèsent sur lui et la nature de l'inculpation dont il est l'objet — il est permis de dire : « que la loi a, sous le nom d'instruction préparatoire, organisé une procédure purement offensive, et qu'elle a tout disposé dans son œuvre en vue de cette hypothèse unique : l'accusé est coupable (1). »

Le législateur de 1808 se flattait d'avoir assez fait pour le prévenu en lui assurant des juges impartiaux, l'assistance d'un défenseur et la publicité des débats au moment où, l'information terminée, il va pouvoir établir son innocence si elle a été méconnue. A ses yeux, l'instruction n'est après tout qu'une opération

1) M. Leveillé, *De la réf. de l'inst. crim.*, p. 6 Paris, 1882.

provisoire ; elle laisse intacte la présomption d'innocence qui couvre tout homme qui comparait devant les tribunaux de répression.

C'est là une erreur : l'instruction a sur le jugement la plus grande influence. Les dépositions orales des témoins à l'audience publique sont rapprochées de celles qu'ils ont faites antérieurement, dans le cabinet du juge d'instruction ; plus souvent encore, les procès-verbaux de l'information, les premières réponses de l'inculpé, ses aveux, ses contradictions, sont lus par le président, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, et fournissent au procureur général des armes contre l'accusé. Et ce n'est pas seulement contre les résultats de l'enquête officielle que la défense doit lutter, c'est aussi contre ceux de l'enquête officieuse, dirigée par le parquet. Les pièces, qui les constatent, jointes au dossier du procès, constituent des (1) documents, qui sont versés aux débats, à titre de simples renseignements, c'est vrai, mais renseignements dont le poids et la gravité n'échappent à personne.

L'inculpé a donc le plus grand intérêt à ce que des garanties lui soient données dès le début de l'instruction, qui lui permettent de lutter plus librement contre l'accusation. Son association intime à la marche de l'instruction peut seule assurer à la défense sa pleine et entière efficacité à l'heure des débats définitifs. Elle

(1) Cass., 19 av. 1855, 17 août 1878.

est aussi la meilleure sauvegarde de l'honneur et de la réputation des justiciables, car elle leur permettra dans bien des cas d'éviter un renvoi devant la juridiction de jugement, décision préparatoire suivant la loi, mais qui équivaut presque à une condamnation dans l'opinion publique.

SECTION III

VOIES DE RECOURS CONTRE LES ORDONNANCES DE CLOTURE

Quand l'instruction est complète, le juge rend une ordonnance, qui ferme la période de l'information.

S'il estime que l'inculpé est innocent, ou bien s'il n'a pas réuni contre lui des charges suffisamment graves pour permettre de croire qu'il est l'auteur du fait incriminé, le juge rend une ordonnance de non-lieu.

S'il estime, d'après l'état des preuves qu'il a rassemblées, que l'inculpé est réellement coupable, il le renvoie devant le tribunal correctionnel, s'il s'agit d'un délit; devant la chambre des mises en accusation, s'il s'agit d'un crime.

L'inculpé n'a aucune voie de recours contre ces ordonnances. L'art. 135 ne laisse aucun doute là dessus (Cass., 4 juillet 1873; Trib. de la Seine, 5 déc. 1882).

Le législateur a pensé que le droit d'opposition du prévenu ne présente aucune utilité. La sentence rendue par le juge d'instruction n'est qu'une mesure préparatoire, qui n'établit nullement que l'inculpé soit coupable; elle n'a d'autre but que de trancher une question de compétence, et d'indiquer quel caractère, crime ou délit, le juge attribue à la prévention. Sans doute le ministère public et la partie civile. peuvent

attaquer l'ordonnance de non-lieu : mais c'est parce qu'ils souffrent de cette décision qui est pour eux définitive. Au contraire, le prévenu n'est pas lésé par l'ordonnance de renvoi : ne conserve-t-il pas le moyen de faire valoir les arguments de sa défense devant le tribunal correctionnel, devant la chambre d'accusation et devant la Cour d'assises ?

Cette manière de voir est fort contestable. L'ordonnance de non-lieu n'est pas définitive, puisque l'instruction peut être reprise, s'il survient (1) de nouvelles charges. L'ordonnance de non-lieu ne compromet donc pas sans réserve la poursuite, et si la loi donne au ministère public le droit de l'attaquer, c'est qu'elle voit dans ce recours une garantie de plus pour l'accusation.

Il est faux (2), d'autre part, que l'ordonnance de renvoi soit indifférente au prévenu. Ne lui impose-t-elle pas en effet la honte d'un débat correctionnel, dont il sortira peut-être acquitté, mais toujours avili aux yeux du monde ? Et s'il est renvoyé des mises en accusation, c'est bien autre chose ! La loi, nous le savons, après une information préalable dirigée tout entière en de-

(1) Art. 246, 247 *Inst. crim.* ; Cass., 16 avr. 1823 ; Carnot, *Inst. crim.*, t. II, p. 392 ; Duvergier, *Inst. crim.*, art. 246, n° 4 ; Mangin et Sorel, *Act. pub.*, t. II, n° 388 ; Grenoble, jugement 21 av. 1879.

(2) F. Hélie, t. V, p. 180 ; F. Hélie, article publié *Journ. le Droit*, 14 juin 1876 ; Mangin, *Inst. écr.*, t. I, p. 32.

hors de l'inculpé et contre lui, n'a pris aucune précaution pour que cette haute juridiction pût statuer en parfaite connaissance de cause. La chambre d'accusation entend le procureur général en son rapport, et délibère quelquefois en sa présence (1); l'inculpé, lui, n'a que la faculté illusoire de présenter un mémoire : la chambre d'accusation a donc ses portes ouvertes à l'accusateur et fermées à l'accusé. Cependant sa décision est particulièrement solennelle. Si elle confirme l'ordonnance du juge d'instruction et renvoie devant la Cour d'assises, elle va créer contre l'accusé un préjugé fort grave de culpabilité, puisque la poursuite est déclarée, pour la deuxième fois, bien fondée et munie de charges suffisantes.

L'inculpé a donc intérêt à ne pas être renvoyé devant la chambre d'accusation, parce qu'il n'a pas toutes les facilités nécessaires pour s'y défendre librement, comme il a intérêt à éviter la flétrissure morale que ne manquera pas de lui imprimer sa comparution devant la justice correctionnelle ; il serait donc équitable de lui donner le droit d'attaquer dans certains cas l'ordonnance du juge d'instruction, qui saisit l'une ou l'autre de ces juridictions.

(1) Cass., 16 juin 1864.

DEUXIÈME PARTIE

LEGISLATIONS ÉTRANGÈRES

IDÉES GÉNÉRALES

Nous voulons, avant d'aborder le projet de réforme voté par le Sénat, et afin d'en mieux critiquer les dispositions et apprécier la valeur, tracer une esquisse rapide des différentes législations étrangères.

D'une façon générale, il nous paraît exact de constater que les intérêts de l'individu ne sont nulle part, comme en France, sacrifiés à ceux de la société qui poursuit ; et que notre Code de 1808, après avoir été un objet d'admiration et un modèle pour l'Europe, se trouve la moins libérale des lois d'instruction criminelle actuellement en vigueur.

Est-ce à dire que nous rencontrerons dans cette étude des institutions bien différentes de celles qui fonctionnent chez nous ? Nullement : l'Angleterre et les États-Unis mis à part, c'est le droit français qui s'ap-

plique, mais singulièrement modifié, mais hardiment amélioré ! On s'attache au Code de 1808, en tant qu'il établit et sauvegarde les droits de l'accusation, mais on emprunte l'organisation de ceux de la défense aux principes posés en cette matière par l'Assemblée constituante, dans une mesure plus ou moins large, compatible avec les mœurs, les idées, le tempérament national.

Ces préliminaires posés, nous divisons en trois groupes les législations étrangères que nous examinerons.

Dans un premier groupe, les lois de l'Angleterre et des États-Unis, qui reposent sur des idées absolument contraires à celles qui dominent le Code français.

Le ministère public y est inconnu, ou tout au moins ne joue qu'un rôle secondaire et effacé dans l'instruction préparatoire. Ses attributions sont étroitement limitées ; son influence et son intervention restreintes.

L'instruction est publique.

Elle est aussi contradictoire, et se déroule librement entre l'accusateur et l'accusé, ou plutôt entre leurs avocats, en présence du juge que l'on peut assimiler à un arbitre.

Dans un deuxième groupe, nous rangeons les lois Allemande, Belge, Autrichienne et Russe.

Elles se préoccupent à la fois de faire respecter les intérêts de la liberté individuelle et d'assurer efficacement les droits de la défense.

C'est donc à un double point de vue qu'on peut les comparer au Code de 1808 et indiquer les progrès accomplis.

Dans un troisième groupe enfin se placent l'Italie et la Suisse.

Ici les réformes opérées ne portent guère que sur les mesures relatives à la liberté : arrestation, détention préventive, élargissement provisoire.

Les innovations réalisées de ce chef sont considérables et vraiment dignes d'éloges, mais l'instruction préparatoire n'a pas encore été remaniée dans un sens favorable à la défense.

CHAPITRE PREMIER

PREMIER GROUPE

SECTION PREMIÈRE

ANGLETERRE

Les règles de l'instruction criminelle ne sont pas, comme en France, codifiées et établies par une seule loi facile à suivre et à étudier. Elles résultent d'un grand nombre de statuts, rendus sous divers règnes, souvent modifiés et complétés par l'usage.

§ 1. *De l'arrestation.*

Le droit d'arrestation sans mandat a en Angleterre une étendue considérable.

Tout magistrat, shérif, juge de paix, officier de police judiciaire ; les gardes de nuit et de jour, les constables peuvent arrêter sans mandat non seulement dans tous les cas où le délit est commis en leur présence, mais même sur une dénonciation, si l'agression est

assez récente pour que la personne lésée n'ait pas encore eu la possibilité d'obtenir un mandat du juge ; même sur un simple soupçon ; même pour le plus grand nombre des contraventions de police ; même pour un simple dommage causé aux personnes ou aux propriétés, par un fait défendu par les lois de police.

Le particulier a également le pouvoir d'opérer une arrestation, sans ordre préalable, sans autorisation, en vertu des seuls textes de la loi, toutes les fois qu'il s'agit d'empêcher, par l'arrestation, un crime sur le point de se perpétrer : ou bien, s'il surprend une personne commettant ou tentant de commettre un crime, ou s'il a des raisons graves de la croire coupable, ou sur le point de devenir coupable d'un crime de haute trahison ou d'une *felony* (1), ou de tout autre crime grave.

Dans tous ces cas, la loi reconnaît aux particuliers le droit d'arrestation. Elle va jusqu'à leur en faire un devoir, dans une hypothèse spéciale : tout citoyen, en effet, témoin d'un acte de *felony*, est tenu d'arrêter le coupable, et peut être condamné personnellement à l'amende et à la prison s'il le laisse échapper.

Quant au droit d'arrestation préventive sur mandat, il n'a pas de limites.

(1) Notons que sous ce titre, on désigne non seulement les crimes mais un certain nombre de faits qui ne sont en France que des délits ; par exemple, escroqueries, recel de la chose volée.

Le mandat est délivré par un juge de paix, un coroner, un magistrat de police, par la Cour du banc de la reine, ou, en cas de crime politique, par les membres du conseil privé ou par le président de la Chambre des communes, si celui qu'il s'agit d'arrêter doit être cité devant le Parlement.

Les lois ne règlent nullement les cas dans lesquels le mandat d'arrestation doit être décerné; le juge est investi, dans cette appréciation, d'un pouvoir discrétionnaire.

Le juge peut, même s'il s'agit d'un inculpé de crime, adresser une simple citation à comparaître. Estime-t-il que cet avertissement sera insuffisant ou présente quelque danger? il lance un mandat (*warrant*) d'amener. Il suffit, pour que cette mesure de l'arrestation soit possible, que le juge ait vu par lui-même que la personne visée dans le mandat, commettait, soit un crime de haute trahison, soit tout autre crime capital, ou de nature à compromettre la paix publique, ou qu'il soit affirmé par serment, devant lui, qu'elle a commis un crime de ce genre ou qu'il y a de grandes présomptions qu'elle va le commettre.

En matière de délits proprement dits (*misdemeanours*), le juge doit, en principe, se borner à citer le prévenu. Toutefois, il peut donner ordre de l'arrêter, quand il y a lieu de craindre que le prévenu ne réponde pas à la citation; il le doit même, si le prévenu ne comparait pas après avoir été régulièrement cité, ou

si les faits qui lui sont reprochés constituent certaines infractions spécifiées par la loi, telles que la contrebande et le braconnage.

En Angleterre, rien n'entrave l'exécution d'un mandat d'amener. De plein droit, sans qu'il soit nécessaire que le mandat du juge y autorise d'une manière spéciale, l'individu peut être appréhendé partout, à toute heure du jour ou de la nuit, même en entrant de force dans les habitations et en enfonçant les portes.

En résumé, la loi anglaise se signale par deux traits principaux : elle donne les plus grandes facilités pour les arrestations et aux mandats une puissance d'action irrésistible.

§ 2. *Détention préventive et liberté provisoire.*

La personne arrêtée doit être conduite immédiatement, ou au moins dès que cela est possible, devant le juge compétent.

Elle est interrogée de suite (1).

Cette formalité accomplie, le juge peut ordonner que l'inculpé soit mis en état de détention. Il délivre dans ce but un mandat, nommé *warrant to remand*. Ce mandat porte que l'inculpé sera détenu jusqu'à sa prochaine comparution devant le juge, et fixe le jour, l'heure, le lieu, où il devra y être procédé.

(1) Blackstone, liv. IV, chap. xxi.

Si à cette date une prolongation de la détention paraît nécessaire, un nouveau mandat est décerné, *warrant remanding a prisoner*, dont les effets ne s'étendent qu'à une certaine période de temps, qu'il détermine. Le *warrant remanding a prisoner* est susceptible de renouvellement.

Les mandats, en vertu desquels l'inculpé est écroué, ne sont donc pas valables pour un laps de temps indéfini, par exemple pour toute la durée de l'information; ils s'éteignent de plein droit à des échéances fixes; leur caractère est provisoire. En imposant au magistrat l'obligation de donner des ordres successifs, s'il veut maintenir l'inculpé en prison, la loi préserve celui-ci contre des oublis coupables, des négligences fâcheuses; et assure, par l'examen répété des charges, et de fréquentes comparutions, la célérité de la procédure.

Il résulte aussi de cette organisation que la liberté provisoire, pure et simple, peut être ordonnée par le juge dans tous les cas et en toute circonstance. Il lui suffit, pour cela, de ne pas renouveler le mandat; son pouvoir est discrétionnaire et absolu.

Le principe qui règle la mise en liberté sous caution est à peu près le même; c'est au magistrat compétent qu'il appartient d'accorder ou de refuser cette faveur. L'inculpé n'y a droit qu'en matière de délits.

La pratique actuelle est ainsi résumée par (1) Mittermaier :

(1) *Proc. crim. en Angl.*, p. 191.

S'il s'agit d'une accusation capitale, d'un crime; s'il s'agit de certains délits graves, spécifiés (1) par la loi, et assimilés à la *felony*, le juge peut admettre l'inculpé à fournir caution. Il n'y est pas obligé.

Mais lorsque la prévention ne porte que sur des délits d'un autre genre, c'est-à-dire de moindre importance, non spécifiés dans la loi, la liberté moyennant caution cesse d'être une faveur pour devenir un droit; elle s'impose au juge.

La loi anglaise est assurément plus libérale que notre loi du 14 juillet 1865. Le nombre des cas où, en Angleterre, le prévenu peut exiger son élargissement conditionnel comme un droit, est beaucoup plus élevé qu'en France; ici, c'est l'exception; là, c'est le droit commun.

Les mœurs judiciaires ont d'ailleurs beaucoup contribué à diminuer en Angleterre le nombre des détentions préventives; jamais les magistrats ne refusent la liberté sous caution quand il n'existe pas des motifs sérieux pour le faire; ils tiennent compte des individus un peu plus que de l'intérêt général, et c'est à cette prudence, à cette sage interprétation des lois que les

(2) La loi a déterminé quelques-uns des actes qui constituent des délits graves. La jurisprudence tend à en augmenter le nombre, et, partant, à substituer en matière de délits dans les questions de liberté provisoire, l'appréciation et la faculté du magistrat au droit des prévenus.

justiciables sont redevables de la rareté des emprisonnements préalables.

Quels magistrats peuvent mettre en liberté provisoire sous caution ?

A l'origine, tous les magistrats de l'ordre judiciaire pouvaient accorder la liberté provisoire jusqu'au jour du jugement. Peu à peu cette faculté a été restreinte.

Dans le cas d'une arrestation sans mandat, à l'occasion d'un délit léger ou d'une infraction de nature à être jugée sommairement; à l'occasion encore d'une blessure involontairement causée, suite d'une imprudence ou négligence, l'inspecteur de police du commissariat ou le surintendant peut mettre en liberté sous caution.

Dans toutes les autres affaires, crimes ou délits, le pouvoir d'élargir sous caution les individus arrêtés en vertu d'ordre judiciaire comme en l'absence de mandat, est exercé par les juges de paix dans les comtés, et par les magistrats de police à Londres.

Le même droit appartient aux juges, membres de la Cour suprême, délégués pour présider les sessions périodiques d'assises, s'il s'agit de personnes arrêtées sans motif légitime, et détenues dans une prison qui ressort de leur juridiction.

La Cour du banc de la reine peut, dans tous les cas, admettre l'accusé à fournir caution, s'il est amené devant elle, soit en vertu de l'acte d'*habeas corpus*, soit de toute autre manière.

Quelle est la fonction du magistrat ? Le juge, pour décider s'il y a lieu d'accorder à l'inculpé son élargissement conditionnel, examine s'il est plus ou moins probable qu'il se représentera à la justice, en ayant égard à la position sociale de celui-ci et à la gravité du crime. Les garanties morales sont-elles insuffisantes ? le juge refuse le cautionnement offert par l'inculpé ; mais sa décision peut être déférée à un juge supérieur. L'inculpé présente-t-il, à l'inverse, des conditions telles que sa fuite ne semble pas vraisemblable ? Le juge le met en liberté à charge de fournir caution.

Le juge fixe librement le cautionnement. Mais le droit anglais pose, en règle absolue, qu'on ne doit pas exiger un cautionnement excessif (*excessive bail shall not be required*). Il en résulte que si la somme demandée au prévenu d'un délit était exorbitante, sans proportion avec ses ressources, et paralysait le droit qu'il a d'être libre, le prévenu pourrait justement porter plainte à raison du fait de détention illégale, de même que si le juge refusait de le recevoir à caution.

Cette réserve faite, le juge se guide dans la détermination du cautionnement, d'après les considérations qui seules permettent d'en faire un lien d'attache sérieux sans le transformer en privilège de classe : la nature, la gravité de l'acte incriminé et la fortune de l'inculpé. Le montant du cautionnement est quelquefois très élevé : on l'a vu (1) s'élever, dans une affaire de

(1) *Times*, 20 av. 1855.

faux, à 10,000 livres sterling. Il est d'usage qu'on impose à l'accusé lui-même le payement d'une certaine somme d'argent, et qu'on l'intéresse ainsi directement et personnellement à ne pas manquer aux engagements qu'il contracte de comparaître à certaines dates devant la justice.

Quelle est la situation de l'inculpé en état de liberté sous caution ?

Il n'y a, en Angleterre, rien de semblable à la disposition de la loi française, qui veut que l'inculpé vienne se constituer prisonnier dès que la chambre des mises en accusation a rendu un arrêt qui saisit la Cour d'assises. La liberté provisoire peut demeurer intacte jusqu'au jour de la comparution devant les assises.

L'acte de cautionnement, remplaçant les assignations, indique le juge ou le tribunal devant lequel doit comparaître l'inculpé, et le lieu, le jour et l'heure de la comparution. C'est un moyen d'ajournement simple et économique, car l'acte de cautionnement se délivre sans frais.

Au jour dit, si l'inculpé ne comparait pas, si personne ne vient en son nom présenter des excuses suffisantes et demander un nouveau délai, la somme fixée pour le cautionnement est définitivement acquise à l'État. La procédure continue sa marche, et le juge demeure libre de décerner ou de ne pas décerner un mandat pour contraindre l'inculpé à comparaître, appréciation faite des circonstances.

Si l'inculpé comparait, l'acte de cautionnement est annulé. Mais le juge, s'il ne statue pas immédiatement sur le fond, a le droit de faire détenir l'inculpé jusqu'à ce qu'il soit statué, ou de le mettre en liberté, en lui faisant prendre l'engagement de se représenter à un jour indiqué, avec obligation de payer, s'il y manque, une certaine somme d'argent.

Ainsi la loi donne aux décisions qui accordent la liberté pendant l'instruction le même caractère provisoire qu'aux mandats qui en privent l'inculpé. Chacun de ces actes n'a qu'une durée limitée. A des échéances fixes, marquées par une comparution, tout ce qui a été fait disparaît : le juge recouvre sa liberté d'action la plus complète. Il peut, suivant les nécessités du moment, laisser l'inculpé libre, ou l'élargir s'il est détenu ; le faire détenir ou le soumettre à une caution, s'il était resté libre ; supprimer la nécessité du cautionnement, en modifier enfin le taux en plus ou en moins (1).

§ 3. *Mesures prises pour protéger la liberté individuelle.*

La loi protège efficacement la liberté individuelle lorsqu'elle restreint à un certain laps de temps les

(1) Ern. Bertrand, *Dét. prév. en France et en Angl.*, p. 21, Paris 1862.

effets des mandats qui y portent atteinte, lorsqu'elle permet de reculer jusqu'au jugement le moment où l'inculpé doit se constituer prisonnier; lorsque, enfin, elle organise le recours contre les décisions qui refusent ou exagèrent le cautionnement. Mais ce ne sont point là des dispositions vraiment originales, vraiment caractéristiques du droit anglais. Nous les trouvons ailleurs.

1° *Formes des mandats.* — Tout ordre d'arrestation doit contenir la désignation claire du nom de la personne qu'il s'agit d'arrêter, du crime dont elle est accusée, et, s'il y a lieu, énoncer qu'il a été délivré par suite d'une accusation portée devant le juge et affirmée par serment. Quand il réunit ces conditions, il conserve son effet légal jusqu'à ce qu'il soit retiré.

Il est juste, en effet, que l'homme que l'on arrête soit averti du fait qu'on lui impute et de la légalité de la mesure dont il est l'objet.

2° *Responsabilité des fonctionnaires.* — Quiconque, particulier ou fonctionnaire, se rend coupable d'une arrestation illégale ou d'une détention arbitraire, ou signe un ordre entaché des mêmes vices, est responsable devant la loi.

La responsabilité civile et criminelle des magistrats et des agents est parfaitement organisée. Rien ne peut entraver l'action de la plainte dirigée contre eux.

3° *Vérification des listes de détenus.* — Le président des assises doit se faire représenter la liste exacte de

tous les individus qui se trouvent détenus en prison, liste qui doit faire connaître quelle est la cause de la détention, et par qui elle a été ordonnée.

Ce magistrat a le droit de faire sortir de prison, autrement dit d'ordonner la mise en liberté provisoire, avec ou sans caution, d'un détenu, sans préjudice de la responsabilité qu'encourt l'auteur de l'attentat commis contre la liberté.

4° *Garantie de l'habeas corpus*. — Tout individu arrêté d'une manière illégale, en vertu d'un ordre émanant d'une autorité incompétente, ou d'un ordre de formes irrégulières ; ou arrêté sans droit aucun ; ou bien encore détenu contrairement à la loi qui lui reconnaît le pouvoir d'exiger son élargissement sous caution, peut recourir à l'une des cours supérieures de justice pour obtenir son renvoi devant elle à l'effet d'y faire valoir ses droits.

Les indigents sont admis quoiqu'ils ne puissent pas payer les frais de la procédure.

La Cour statue immédiatement sur le mérite de la demande. Quand celle-ci lui paraît régulière, la Cour rend une ordonnance, *writ d'habeas corpus*, par laquelle il est enjoint au fonctionnaire qui maintient l'accusé en état d'arrestation de le traduire immédiatement devant elle.

Le fonctionnaire n'obéit-il pas ? Une seconde sommation lui est adressée, et s'il s'y dérobe encore, sa responsabilité est gravement engagée.

Mais si le fonctionnaire exécute l'ordonnance, l'inculpé et lui sont entendus par la Cour, en audience publique. Les débats s'engagent sur la légalité de l'arrestation. Si la Cour remet l'affaire à une seconde audience pour plus ample informé, l'inculpé reste provisoirement détenu ou libre sous caution.

La Cour, comme solution définitive, peut confirmer l'arrestation ; mettre purement et simplement l'individu en liberté ; l'élargir seulement sous caution, s'il lui plaît.

Qui est mis en liberté par décision de la haute Cour, en vertu de l'*habeas corpus*, ne peut plus être arrêté ensuite à nouveau, à raison du même délit.

Le droit de saisir la haute Cour est assurément la meilleure des garanties que la loi donne aux justiciables contre les arrestations injustes. De semblables procès sont rares : la Cour de Londres ne connaît pour ainsi dire jamais de faits s'étant passés dans la ville même ; les seules violations de liberté qui lui soient déférées ont été commises dans les comtés où les arrestations se font souvent légèrement, et où il y a des refus illégaux d'admission de caution.

§ 4. Actes de l'instruction.

L'instruction préparatoire se borne à un interro-

gatoire sommaire du plaignant, des témoins et du prévenu.

Tout se passe en public, en présence d'un auditoire et surtout des représentants de la presse. Cependant une loi du 14 août 1848 consacre le principe du secret quand le coroner pense que le but que se propose la justice sera mieux atteint en agissant ainsi.

Quelle est la situation de l'inculpé ? Il n'est soumis à aucun interrogatoire : le juge reçoit ses déclarations, s'il lui convient d'en faire.

Dès le commencement de l'instruction, aussitôt arrêté, il a le droit (1) de se faire assister d'un défenseur, qui sera toujours présent à ses côtés. Il paraît bien que les communications personnelles entre eux, en dehors de l'audience, ne sont pas complètement libres car la loi du 12 juillet 1877 sur les prisons autorise (art. 39) le secrétaire d'Etat à prendre des mesures spéciales, toujours révocables, de manière à assurer au prévenu avec son *solicitor* et ses amis, des communications aussi exemptes de restriction et de publicité qu'il sera possible, eu égard à la nécessité d'interdire toute corruption de témoins, tout projet d'évasion ou en vue d'autres considérations de cet ordre.

La situation de l'inculpé dans la procédure préparatoire actuelle, nous est décrite dans les termes suivants

(1) Le juge peut interdire à l'inculpé l'assistance d'un défenseur. Mais, en fait, il est impossible de citer *un seul exemple* d'un semblable refus.

« En Angleterre, la loi entoure le prévenu si faible au regard de la société qui le juge, de garanties multiples. Elle écarte tout ce qui peut paraître une mesure oppressive ou inquisitoriale; elle ne contraint pas l'accusé de s'accuser lui-même. Interrogé, le juge, la plupart du temps, le trouve assisté d'un défenseur, et les portes ouvertes au public, averti qu'il peut ne pas répondre et que, s'il répond, ses dires pourront être invoqués contre lui. Cette procédure ne permet pas qu'aucun piège soit tendu à l'inculpé; elle lui donne la publicité de l'instruction, la protection la plus efficace; elle fait une situation parfaitement égale à l'accusation et à la défense. La maxime des Anglais est que l'accusation doit faire seule la preuve complète de la culpabilité de l'accusé et qu'il vaut mieux laisser échapper dix coupables que de risquer de condamner un innocent (1). »

Comment se fait la recherche des preuves?

On procède avant tout à l'audition de l'accusateur et des autres témoins (2) à charge : ces dépositions faites en présence de l'inculpé, on se borne à demander à

(1) *Bull. soc. lég. comp.*, t. IV, V, année 1876, p. 92, article de M. Franck-Chauveau.

(2) Le constable qui a procédé à l'arrestation est un des premiers témoins interrogés. La déposition qu'il est ainsi appelé à faire, permet d'apprécier immédiatement la légalité de sa conduite, et celle de l'arrestation.

celui-ci s'il a quelque chose à déclarer, et, s'il parle, on prend note de ses dires.

C'est l'avocat de l'accusateur qui entend les témoins, leur pose des questions et provoque leurs dépositions. Le juge ne les interroge directement que si cela lui paraît nécessaire pour compléter l'instruction, soit à raison des obscurités, soit à raison des contradictions qu'il aperçoit dans leurs témoignages.

Si l'accusateur n'est pas représenté par un avocat, la direction de l'instruction fait retour au juge; c'est lui qui préside alors à l'audition des témoins et la dirige.

Dans tous les cas, d'ailleurs, l'accusé ou son avocat est en droit de poser des questions aux témoins après qu'ils ont déposé : c'est ce qu'on appelle le contre-examen (*cross-examination*).

Là se borne l'information préparatoire. Aucune constatation n'est faite sur les lieux, aucune recherche n'est ordonnée pour découvrir la vérité. La loi anglaise se repose, pour la réunion des preuves et de tous les éléments qui peuvent démontrer la culpabilité, sur l'intérêt (1) de la partie lésée : le juge n'y prend aucune part. Toutefois cette règle comporte plusieurs exceptions :

1° C'est le juge qui doit autoriser les perquisitions domiciliaires. Cette autorisation est absolument indis-

(1) L'accusateur est aidé dans cette recherche par l'armée de la police.

pensable pour qu'on puisse y procéder. Elle doit désigner clairement et complètement les lieux qu'il est permis de visiter.

C'est encore le juge qui permet à l'accusateur de se saisir des objets qui serviront plus tard de pièces de conviction. Dans l'usage, l'inspecteur de police est armé de pouvoirs assez étendus pour autoriser valablement ces sortes de saisies.

2° Dans le cas de meurtre, des constatations ont ordinairement lieu. Il existe dans chaque comté des officiers de police nommés *coroners*, choisis par les citoyens *freeholders*, habitant le comté, et chargés de constater, avec l'assistance de douze témoins pris sur les lieux, les cas de mort violente, et de recueillir tous les renseignements sur les assassinats (1).

Le résultat de l'information sommaire est celui-ci : ou bien le juge se trouve suffisamment éclairé dès la première audience, et alors il statue sur le fond si l'affaire est de sa compétence, ou la renvoie devant le grand jury d'accusation. Ou bien il a besoin de nouveaux renseignements, et alors il remet les débats à un autre jour, en ayant soin de prendre les moyens nécessaires pour assurer la représentation de l'inculpé.

(1) Buchère, *Inst. crim. en France et Angl.* p. 77.

§ 5. *Du ministère public.*

Les poursuites contre les auteurs des crimes et délits sont généralement intentées par la partie lésée. Mais souvent les actes répréhensibles ne blessent point les intérêts des particuliers, ou bien les personnes qu'ils atteignent, par crainte, timidité ou indifférence, ne saisissent pas la justice : de là une fâcheuse impunité, une faiblesse regrettable dans l'administration de la justice pénale, desquelles l'institution du ministère public préserve avantageusement la société. L'initiative privée, il faut le reconnaître, a cherché par de vigoureux efforts à faire oublier l'absence du ministère public en Angleterre.

Des corps de métiers se sont réunis pour assurer la répression de certains délits.

Des sociétés, en nombre considérable, se sont formées, ayant pour but la découverte des malfaiteurs et la poursuite de certains crimes ou délits. Telles sont les sociétés (1) destinées à faire réprimer les outrages aux mœurs par la voie d'écrits et de gravures obscènes, le proxénétisme et les délits de cruauté envers les animaux.

Malgré ces louables tentatives, on déplore bien haut

(1) Dès 1838, on comptait 500 associations formées pour la poursuite des différents délits.

le défaut d'accusateur public. Beaucoup d'actes coupables demeurent impunis, les uns parce qu'ils troublent seulement la morale et l'ordre social, sans causer aucun dommage particulier ; les autres, parce que les individus qu'ils frappent sont étrangers, indigents ou tellement mis à mal par le crime même, qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de s'adresser à la police. Faiblesse ou impuissance (1) de la justice ; inconvénients graves pour les personnes, qu'il expose à des tentatives de chantage, à la jalousie, à la haine, à la vengeance, voilà ce que produit le système accusatoire.

Aussi l'opinion, cédant de plus en plus à la pression de l'expérience, considère généralement la création d'un ministère public comme absolument nécessaire à la justice criminelle.

Un premier projet de loi déposé en ce sens par lord Brougham avant 1860, fut rejeté ; un autre, déposé par

(1) Sur 60,000 délits tombés sous le coup des lois pénales, signalés par la police, la moitié seulement est portée devant le juge de paix ; 43,000 seulement sont menés à bonne fin. Les trois quarts des délinquants échappent au jugement (*Bull. soc. lég. comp.*, t. IV et V, 1876, p. 92). En France, au contraire, dans ces 50 dernières années, le nombre proportionnel des affaires impoursuivies faute de charges contre les auteurs désignés a diminué des deux tiers. Celui des affaires où les délinquants n'ont pu être découverts ne s'est accru que de 2 0/0 malgré les facilités que les chemins de fer offrent aux malfaiteurs pour échapper à la justice.

lord Russel, pris en considération les 8 et 16 février 1872, eut le même sort.

Cependant les Anglais ont, dans plusieurs cas, rendu hommage au principe qui sert de base à l'existence du ministère public :

1° Certaines villes de premier ordre (Leeds, Liverpool, Manchester) lassées d'abus dont elles avaient souffert plus que les autres, ont su, depuis 1843, s'assurer les avantages d'une sécurité exceptionnelle en créant une espèce de *publics prosecutors*, chargés de poursuivre directement les crimes et délits.

2° Il existe à Londres un attorney général, dont la mission est de poursuivre d'office les crimes de haute trahison qui intéressent l'État et la Couronne, sans léser les droits des particuliers.

3° Les coroners, officiers de police, chargés de la constatation des meurtres, peuvent saisir directement la justice de ces crimes.

4° La loi du 3 juillet 1879 a créé un directeur des poursuites publiques, qui (art. 2) sous la surintendance de l'attorney général, est chargé d'intenter, d'entreprendre et conduire la procédure criminelle soit devant la Cour des cas réservés à la Couronne, soit devant les assises de circuit, soit en sessions de paix ou devant des magistrats ou autrement. Le règlement fait en vertu de cette loi doit pourvoir à ce que le directeur prenne en mains l'action, dans les cas qui lui paraîtront présenter quelque importance ou de la difficulté, ou dans

lesquels des circonstances spéciales ou le refus ou l'impuissance d'une partie poursuivante paraîtront rendre son intervention nécessaire pour assurer dûment la poursuite des délinquants.

5° Enfin devant la Cour des divorces, il y a, pour empêcher les collusions scandaleuses, un représentant de l'Etat (*queen's protector*) qui s'oppose à la rupture abusive des liens intéressant la société.

On le voit : toute cette organisation est un acheminement rapide et indiscutable, vers l'institution de magistrats spéciaux et locaux, représentants de l'État, ayant pour fonctions principales de déférer directement aux tribunaux de répression les actes coupables, crimes ou délits.

§ 6. *Appendice. — De l'Ecosse.*

La loi écossaise et la loi anglaise se distinguent par plus d'un point :

En Ecosse, nul individu ne peut être arrêté sans un ordre régulier émané du juge. Cet ordre est donné par écrit. -- Il n'y a qu'une seule exception à cette règle : tout individu peut être arrêté par un constable ou un particulier, sans qu'il soit besoin d'ordre judiciaire, s'il est surpris en flagrant délit. Mais il faut qu'il s'agisse d'un crime grave.

En Ecosse le ministère public existe ; les poursuites d'office par un particulier sont rares.

L'instruction préparatoire est secrète ; les témoins entendus secrètement par le juge et le ministère public, qui leur posent des questions, et hors la présence de l'inculpé.

L'inculpé n'a pas de conseil pendant toute cette partie de la procédure ; il est soumis à des interrogatoires, où il se trouve seul en face du juge.

Cette législation offre avec la loi française de grandes analogies.

SECTION II

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

La législation en vigueur se rapproche beaucoup de celle de l'Angleterre.

§ 1. *Arrestation et détention préventive.*

La loi établit trois catégories de prévenus.

1° Les inculpés d'un crime qui emporte peine de mort. Ceux-ci doivent être gardés en prison jusqu'au jour du jugement. Ils sont dans l'impossibilité de solliciter leur élargissement et le magistrat de le leur accorder.

2° Les inculpés de crimes passibles de l'emprisonnement. La liberté provisoire peut leur être concédée par le juge ; il n'y est point obligé et peut prendre telle décision que commandent les circonstances de la cause et les nécessités de l'instruction.

3° Les prévenus de délits : pour ceux-ci la mise en liberté sous caution est un droit absolu, dont le juge est impuissant à les dépouiller.

Toutefois (loi du 1^{er} mars 1879), lorsque la caution offerte par le prévenu est insuffisante, le magistrat demeure le maître d'exiger un supplément de caution, ou de faire déténir préventivement le prévenu.

Le prévenu, que l'on refuse d'admettre à caution, ou à qui l'on demande un cautionnement trop élevé, peut en appeler à la Cour supérieure qui décide en dernier ressort.

La caution justifie par acte de ce qu'elle possède. Mais on a permis récemment à l'inculpé de déposer une certaine somme d'argent, au lieu d'offrir une caution.

L'inculpé, une fois libéré, si la caution craint qu'il ne prenne la fuite, elle va trouver le magistrat, lui fait part de ses craintes, les démontre bien fondées. Le magistrat, ainsi averti, décerne un mandat qui replace l'individu en état de détention préventive, comme indigne de la liberté provisoire et de la confiance que lui avait témoignée la caution.

Toutes ces règles que nous empruntons aux lois de l'Etat de New-York, revisées en 1849, sont applicables en Louisiane et en Californie.

§ 2. *Actes et caractères de l'instruction.*

Le ministère public existe aux États-Unis et se compose d'un attorney général et d'attorneys de district. Leur rôle consiste surtout à assister de leurs conseils les particuliers qui, pour l'exercice de la poursuite, s'adressent à eux. Ils n'ont pas la charge de recueillir les preuves, de les réunir, de préparer les éléments de

conviction: c'est aux particuliers qu'incombent les grands travaux de l'information.

Le juge de paix dirige les débats de l'information, décerne les ordres d'arrestation et de visite domiciliaire, prononce le renvoi devant la justice criminelle.

L'instruction préparatoire est publique, sauf le cas où l'inculpé demande le secret.

Les témoins sont entendus publiquement et en présence de l'inculpé, qui peut les interroger après leur déposition

L'inculpé a le droit absolu de communiquer avec un défenseur dès le commencement de l'instruction. Nulle autorité ne peut lui enlever ou en paralyser l'exercice, comme cela est permis au juge, en droit au moins, en Angleterre.

Le conseil assiste l'inculpé dans tous les actes de la procédure. Les communications de pièces ne sont jamais refusées ni à l'un ni à l'autre.

La loi défend toute espèce d'interrogatoire. Elle prend aussi des précautions pour abrégier les procédures. D'après le Code de New-York, comme d'après la loi anglaise, les débats de l'information doivent se terminer en une séance. Mais il se peut que l'affaire ne soit pas en état d'être jugée au fond ou renvoyée devant la juridiction compétente. Dans ce cas il faut ajourner pour un supplément d'information.

La loi anglaise ne dit pas quelle peut être la durée de cet ajournement. Le Code de New-York est plus

scrupuleux : il décide que l'ajournement ne peut être que d'une durée de deux jours et qu'il ne peut se répéter plus de six fois, si l'inculpé ne demande ni n'accepte cet ajournement.

CHAPITRE II

DEUXIÈME GROUPE

Les diverses lois comprises dans ce chapitre ont un trait commun :

Outre que, plus que le Code de 1808, elles cherchent à protéger la liberté individuelle par de nombreuses dispositions ; elles se préoccupent d'organiser, sinon complètement et par des procédés identiques, du moins par des textes précis, les droits de la défense.

L'Autriche et la Belgique, en plaçant près de l'inculpé un conseil qui peut s'entretenir avec son client dès les premiers instants de la procédure, et l'éclairer de ses droits et prérogatives.

L'Allemagne, en joignant à ces communications personnelles le droit pour le conseil de prendre connaissance des pièces importantes de la procédure au fur et à mesure qu'elles se produisent.

La Russie, en donnant à l'inculpé le droit d'assister aux dépositions des témoins et d'exiger copie des actes de l'information.

SECTION PREMIÈRE

ALLEMAGNE

Le nouveau Code allemand de procédure pénale date du 1^{er} octobre 1879. Il édicte en faveur des inculpés de nombreuses garanties et cherche à leur donner le moyen de lutter sans trop de désavantage avec l'accusation.

§ 1. *De l'arrestation et de la détention préventive.*

A part quelques cas exceptionnels, l'arrestation ne peut être opérée qu'en vertu d'un mandat délivré par le juge (*haftbefehl*).

Pour que l'arrestation soit possible, plusieurs conditions doivent être réunies, auxquelles est également soumise la détention préventive. Il faut : 1° qu'il existe contre l'inculpé des présomptions graves ; 2° qu'on puisse le suspecter de vouloir prendre la fuite ; ou qu'il y ait lieu de craindre qu'il fasse disparaître les traces des faits délictueux, ou qu'il induise des témoins ou complices à faire de faux témoignages ou de fausses déclarations.

En matière de crimes la loi présume toujours l'intention de fuir ; elle la présume encore lorsque l'inculpé est sans domicile (*heimathlos*), en état de vagabondage, ou hors d'état de justifier de son identité,

ou enfin lorsqu'il est domicilié à l'étranger et qu'il y a lieu de supposer qu'il ne se présentera pas devant le tribunal sur une simple citation.

Le mandat d'arrestation est soit un mandat d'amener, soit un mandat d'arrêt.

Le juge peut, en toute matière, se borner à citer l'individu à comparaître par un mandat de comparution, et le menacer, s'il n'obéit pas, d'un mandat d'amener.

En règle générale le juge ne doit recourir au mandat coercitif, d'amener ou d'arrêt, qu'après un commencement d'information et un premier interrogatoire. Toutefois il est autorisé à s'en servir immédiatement, avant tout interrogatoire, sans passer par le mandat de comparution, lorsque les conditions que nous avons énumérées plus haut se trouvent réunies. Le mandat coercitif est donc d'une application fréquente et générale vis-à-vis des inculpés de crimes, dès le début de l'information.

Toute personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener doit être interrogée sur-le-champ (art. 139), sauf impossibilité absolue. Mais elle ne peut être tenue en état de détention au delà d'un jour ; si elle n'a pas été entendue dans ce délai, elle est purement et simplement mise en liberté.

Toute personne arrêtée en vertu d'un mandat d'arrêt est interrogée dans le jour qui suit son arrestation. Le juge a vingt-quatre heures pour procéder à cet acte d'instruction (art. 115). Aucune sanction ne garantit

l'observation de ce délai, car l'inculpé au lieu d'être élargi à son expiration, comme quand il est détenu en vertu d'un mandat d'amener, demeure en état de détention préventive.

La détention préventive n'est possible que si l'infraction poursuivie est un crime ou un délit. S'agit-il de contraventions? elle n'est admise qu'exceptionnellement et seulement dans le cas où le prévenu est soupçonné de vouloir prendre la fuite. La loi exige en outre qu'il soit d'une classe de gens mal vus d'elle : vagabonds, individus surveillés par la police, sans domicile ou domiciliés à l'étranger.

L'état de détention préventive résulte de la délivrance d'un mandat d'arrêt qui est ainsi, à la différence d'un mandat d'amener, à la fois un ordre d'arrestation et un ordre d'écrou.

Habituellement le mandat d'arrêt succède au mandat d'amener, mais il peut être délivré dès le commencement de l'information, toutes les fois qu'il est permis d'y employer de suite un mandat coercitif.

Le mandat d'arrêt est notifié à celui qui en est l'objet au moment de l'arrestation ou au plus tard le lendemain de l'incarcération. Contre ce mandat, l'inculpé a un recours devant le tribunal de district dont la décision est elle-même susceptible d'être attaquée par la voie de l'appel.

§ 2. *De la liberté provisoire.*

La détention préventive se fonde sur deux considérations d'utilité sociale : empêcher les malfaiteurs d'échapper au châtement qu'ils méritent : assurer la recherche et la conservation des preuves. Mal nécessaire, il importe d'en restreindre la durée, d'en limiter l'emploi, d'en supprimer enfin toutes les rigueurs inutiles.

L'inculpé, placé sous mandat d'arrêt, peut être élargi, s'il promet de se représenter dès qu'il en sera requis, et si l'on acquiert la certitude qu'il ne cherchera point à fuir.

Le juge peut, avec l'assentiment du ministère public, lever les mandats qu'il a décernés. Si le ministère public y forme opposition, le tribunal statuera souverainement entre eux.

Le tribunal peut aussi, d'office, après la clôture de l'instruction, mettre l'inculpé en liberté, et il paraît bien que cette faculté s'étend même aux affaires qui sont de la compétence de la Cour d'assises.

Le juge peut exiger un cautionnement de celui qu'il met en liberté; quand il redoute sa fuite.

D'ailleurs, et d'une façon générale, tout inculpé dont la mauvaise foi inspire de légitimes soupçons, qui paraît capable de chercher à corrompre les témoins,

à détruire les preuves, à paralyser par des agissements frauduleux la marche de l'instruction, doit être gardé en prison. Le cautionnement qu'il fournirait ne protège en effet la société, que contre les dangers de fuite; il ne la défend point contre ces coupables manœuvres.

Le juge arbitre le cautionnement. Un nouveau mandat peut toujours être lancé, en dépit du cautionnement et des autres garanties, quand des charges jusqu'alors inconnues se révèlent, ou quand l'individu libéré manque à ses engagements.

Si nous comparons sur ces divers points le Code allemand aux lois françaises, nous le trouvons tour à tour supérieur et inférieur à elles :

1° Notre loi confère la liberté provisoire à certains prévenus, comme un droit absolu, à l'abri de toute atteinte, et indépendant de tout cautionnement.

Le Code allemand ne reconnaît jamais cette prétention, même quand le fait reproché n'est qu'un délit sans gravité.

2° Le Code allemand, mieux inspiré que nos lois, établit en faveur des justiciables le droit d'attaquer le mandat décerné contre eux, et organise ainsi le contrôle immédiat, dès le début de l'information, des premiers actes du juge.

3° La détention préventive est beaucoup mieux organisée en Allemagne qu'en France. Propreté, isolement, satisfaction de tous les besoins et désirs, il est veillé à

ce que le détenu ne soit en aucun cas traité comme un coupable, et à ce qu'on ne prenne contre lui d'autres mesures que celles qui ont pour but immédiat d'empêcher son évasion.

4° L'interdiction de communiquer est absolument proscrite comme procédé d'instruction.

§ 3. *Organisation des droits de la défense.*

L'instruction préparatoire précède les débats et le jugement de tous les faits qui sont de la compétence du tribunal d'Empire ou de celle des Cours d'assises. Dans les affaires qui relèvent des tribunaux de district, il n'y a d'instruction préparatoire que pour celles qui sont graves et exigent des recherches longues et délicates, et pour celles aussi où ce préliminaire est réclamé par le ministère public ou l'inculpé.

Devant les tribunaux d'échevins statuant sur des délits de minime importance, il n'y a jamais d'instruction préalable.

« La procédure d'information est inquisitoriale ; elle n'est point publique et se poursuit sans débats contradictoires devant un magistrat spécial, de l'ordre judiciaire. Ce fonctionnaire est investi de pouvoirs extrêmement étendus : il peut interroger les personnes soupçonnées, les faire arrêter et les détenir préventivement, se transporter sur les lieux, pratiquer des

visites domiciliaires, entendre des témoins, ordonner des expertises ; en un mot, il dispose des moyens d'investigation les plus nombreux et les plus énergiques (1). »

La présence d'un conseil atténue les inconvénients qui peuvent résulter du caractère inquisitorial et secret de la procédure, et les dangers que présente l'omnipotence d'un fonctionnaire unique, chargé de diriger l'information.

«Le conseil éclaire en outre le prévenu sur ses droits et prérogatives — lui fait comprendre la valeur des arguments qu'on lui oppose, les conséquences des déclarations qu'il peut être tenté de faire. Le conseil protège l'inculpé contre sa propre inexpérience. Il arrive parfois que le magistrat rencontre chez l'inculpé une répugnance marquée à se prêter à certaines mesures prises cependant dans son intérêt ; persuadé qu'il est en présence d'un ennemi déclaré, du moins d'un adversaire, l'inculpé se défie et voit des pièges là où il n'y a souvent qu'un simple désir de faciliter sa justification. Le défenseur peut seul dissiper les préventions de son client et l'amener à envisager les actes du juge d'une manière plus conforme à ses intérêts (2). »

C'est sur ces excellentes considérations que le Code allemand se base pour autoriser l'inculpé à se choisir

(1) *Bull. soc. Lég. comp.*, 1879-80, t. VIII-IX.

(1) *Bull. soc. Lég. comp.*, *loc. cit.*

un défenseur dès le commencement de l'information. S'il n'en a pas fait choix, le juge *peut* lui en désigner un d'office : il n'y est pas tenu.

Quel est le rôle de l'avocat? Cette première phase du procès ne comporte ni débats ni plaidoiries : l'avocat n'y est qu'un simple conseil.

1° L'interrogatoire du prévenu, l'audition des témoins, se passent hors la présence du ministère public. Le défenseur en est également écarté.

Toutefois, quand on prévoit (1) que certains témoins seront dans l'impossibilité de renouveler à l'audience publique leurs dépositions, le ministère public et le défenseur sont admis à les entendre de suite.

2° L'avocat a le droit d'assister seul ou en compagnie de l'inculpé aux visites de lieux ; de prendre connaissance des procès-verbaux d'interrogatoire, des rapports d'experts et des procès-verbaux de constat.

Quant aux pièces autres que celles que nous venons d'indiquer, le juge a la faculté de les lui communiquer, s'il estime que cette communication peut avoir lieu sans nuire aux intérêts de la justice.

3° Tant que l'instruction n'est pas close, le juge (art. 137 à 150) peut exiger que toutes les notes ma-

(1) Par ex., ce sont des témoins gravement malades de coups et blessures, qui seront morts à l'heure des débats publics ; ou bien des individus demeurant très loin du tribunal et sans communication directe avec cette partie de l'empire.

nuscrites émanant de l'inculpé soient portées à sa connaissance; il peut même déléguer aux entrevues de l'inculpé avec son conseil un représentant de l'autorité judiciaire, du moins quand la détention préventive n'est pas motivée uniquement par la crainte de lui voir prendre la fuite.

Enfin la loi donne, à quelques exceptions près, à l'inculpé, d'une façon générale, le droit d'attaquer les décisions du juge instructeur. Le pourvoi est porté dans les trois jours devant le tribunal.

On le voit, le Code allemand a réussi à placer l'inculpé dans une situation sinon parfaite et de tous points égale à celle de l'accusation, du moins fort acceptable et le défendant efficacement contre les erreurs judiciaires et les abus de pouvoir.

Une disposition, entre toutes, mérite d'être signalée. C'est celle qui ne veut pas que le juge d'instruction puisse interdire les communications personnelles et verbales de l'inculpé et de son défenseur. La présence d'un gardien, dans quelques hypothèses exceptionnelles, est la seule restriction que la loi permette d'y apporter. Avec raison, car si la loi admet l'avocat dans la procédure préparatoire, elle doit en même temps s'assurer que ce principe, applicable à tous les cas, sera également respecté dans tous, et que rien ne pourra entraver l'intervention du conseil ou la rendre illusoire et factice.

SECTION II

AUTRICHE

L'Autriche, où les révolutions politiques ont été nombreuses, a bien souvent modifié ses lois d'instruction criminelle. De 1803 à 1850 la procédure y est écrite et secrète ; en 1850, on y introduit le Code français de 1808, pour l'abandonner en 1851 et revenir au régime antérieur.

Le Code du 1^{er} janvier 1874 s'inspire de principes tout différents, et se préoccupe de garantir efficacement les droits de la défense pendant l'information.

L'art. 91 définit l'instruction préparatoire : « celle qui a pour but de soumettre à un examen préalable l'inculpation dont une personne est l'objet et de recueillir les éclaircissements nécessaires pour permettre de motiver soit la suspension de la procédure, soit la mise en accusation et le renvoi devant le juge du fond. »

Il n'y a nécessairement d'instruction préparatoire que pour les crimes dont la Cour d'assises doit connaître. Dans les autres cas, elle peut être réclamée par le ministère public ou l'accusateur privé : quand le juge

ne sait pas s'il doit faire droit à cette demande, c'est la chambre du conseil qui tranche la question.

§ 1. *De l'arrestation et des mandats.*

En principe l'inculpé doit être simplement cité pour être entendu (art. 173).

S'il ne comparaît pas et ne fournit pas de motifs d'excuse suffisants, un mandat d'amener sera immédiatement décerné contre lui (art. 174).

La loi recommande donc au juge de n'user qu'avec réserve du droit d'arrestation. Toutefois elle ne lui lie point les mains, car il est le maître de faire amener, sans citation préalable, et mettre en état de dépôt provisoire, l'individu soupçonné de crime ou de délit (art. 175) :

1° Quand cet individu aura été pris sur le fait, désigné par la clameur publique, ou trouvé porteur d'armes indiquant qu'il a participé au crime.

2° Lorsqu'il aura fait des préparatifs de fuite, ou qu'il y a lieu de présumer qu'il fuira pour quelque motif, tel que la gravité de la peine encourue, son mode d'existence, son état d'individu sans patrie.

3° Quand il aura tenté d'agir sur les témoins, les experts, ses coïnculpés pour entraver les investigations de la justice.

4° Quand il y a lieu de craindre, à raison de certaines

circonstances, qu'il ne commette à nouveau un fait semblable, ou ne donne suite à ses menaces ou à sa tentative (art. 175, § 1, 2, 3, 4).

Enfin s'il s'agit d'un crime puni de mort, ou de dix ans au moins de réclusion, la loi enjoint au juge de décerner de suite un mandat d'arrêt qui devra être notifié à l'inculpé au plus tard dans les vingt-quatre heures de son arrestation. Le juge n'a pas ici le choix du mandat.

Tout individu traduit devant la justice en exécution d'un mandat d'amener, doit être interrogé par le magistrat dans les vingt-quatre heures de son arrestation. L'interrogatoire ne peut être différé que par suite d'une impossibilité absolue d'y procéder dans ce délai ; encore doit-il avoir lieu dans les trois jours, au delà desquels cesse de plein droit la détention préventive qu'est susceptible de produire le mandat d'amener.

Si nous comparons ces dispositions à celles de la loi française, l'avantage paraît bien rester à cette dernière sur quelques points.

La loi autrichienne fait du mandat de comparution le droit commun, la règle générale. Cette injonction légale vaut sans doute mieux que toutes les circulaires ministérielles et les recommandations officieuses. Mais combien la loi française est préférable, quand elle limite à vingt-quatre heures les effets du mandat d'amener, et oblige le juge à interroger dans ce court délai, le mettant ainsi à même de se prononcer en connaissance

de cause et dès les premiers moments de l'instruction, sur la question si intéressante pour l'inculpé de la liberté provisoire ou de la détention !

§ 2. *Détention préventive et liberté provisoire.*

Le Code autrichien fait, en cette matière, une distinction originale entre l'état de dépôt provisoire et celui de détention préventive.

L'état de dépôt provisoire, comme son nom l'indique, n'est pas une mesure définitive. Il ne peut pas durer plus de quarante-huit heures. Au bout de ce temps l'inculpé doit être purement et simplement élargi, ou traduit devant le juge d'instruction, qui a lui-même vingt-quatre heures pour l'interroger.

L'état de dépôt provisoire peut être le résultat d'un ordre émanant du juge de district, compétent pour les premières constatations ; ou d'un officier de police, toutes les fois qu'on se trouve dans l'une des hypothèses prévues par l'art. 175, §§ 1, 2, 3 et 4.

Ce droit des agents de la police de faire détenir les inculpés pendant quarante-huit heures, avant qu'ils soient interrogés d'une façon sérieuse et par un magistrat vraiment éclairé, est quelque chose d'exorbitant et de dangereux pour la liberté individuelle. Quoi de plus mal défini en effet que les circonstances dans lesquelles peut être ordonné le dépôt provisoire ? L'ar-

article 175 les énumère limitativement ; mais la question de savoir si l'on se trouve dans l'une d'elles, d'apprécier les éléments qui la constituent, et de savoir s'il faut recourir au dépôt provisoire, est tranchée souverainement par les agents de la police. Tout dépend de leur prudence et de leur honnêteté.

L'état de détention préventive, au contraire, ne peut être ordonnée que par le juge d'instruction.

La loi, à ce sujet, classe en deux catégories les faits incriminés :

1° S'il s'agit d'un crime puni de mort, ou de dix ans au moins de réclusion, l'inculpé doit nécessairement demeurer détenu.

Il est dans l'impossibilité de solliciter sa mise en liberté provisoire, et les magistrats de la lui accorder (art. 180).

2° Dans tous les autres cas, celle-ci est facultative pour le juge.

C'est à lui qu'il appartient d'examiner si l'élargissement provisoire présente quelques inconvénients ou dangers. Estime-t-il que la concession de cette faveur sera la cause de quelque collusion frauduleuse ? Il la refuse, et, si tel est le motif de sa décision, il peut garder le prévenu en prison, même s'il ne s'agit que d'une simple contravention (art. 452, n° 3).

Lorsque la détention est basée uniquement sur des probabilités de collusion frauduleuse, elle ne peut (art. 190) durer que deux mois. Par exception, elle

peut être prolongée pendant un mois encore, par la Cour de seconde instance, sur la proposition du ministère public ou du juge d'instruction, s'il y a des raisons graves et des recherches longues à faire. Sauf prolongation dans ces termes, l'inculpé est purement et simplement mis en liberté, c'est le seul cas dans lequel il puisse se prévaloir d'un semblable droit.

Réserve faite de cette hypothèse, l'inculpé n'a jamais le droit d'exiger l'élargissement sans caution. Le juge peut le lui accorder quand il est d'accord avec le ministère public ; en cas de dissentiment entre eux, la chambre du conseil prononce (art. 196), mais elle ne peut mettre en liberté pure et simple, qu'autant que le fait incriminé est passible de moins de cinq ans de réclusion.

Quant à la liberté sous caution, elle est réglée comme il suit :

1° Si l'inculpé encourt peine de mort ou dix ans de réclusion, elle lui est fermée comme tout autre mode d'élargissement.

2° Si l'inculpé encourt moins de cinq ans de réclusion, elle est un droit absolu pour lui, tandis que l'élargissement sans caution n'est que facultatif.

La chambre du conseil fixe le cautionnement (art. 192).

3° S'il s'agit d'un fait puni de plus de cinq ans de réclusion, la chambre du conseil a la faculté d'admettre l'inculpé à caution, mais il lui est interdit de le dispenser de fournir cette garantie.

Notons qu'en Autriche, le cautionnement garantit aussi les dommages-intérêts, c'est-à-dire les réparations civiles dues pour le dommage causé par le délit.

Les décisions que rend la chambre du conseil, sur les questions d'emprisonnement préalable et de liberté provisoire, celles relatives au cautionnement, sont susceptibles d'appel devant la Cour de seconde instance, tant du chef de l'inculpé que des autres parties intéressées.

§ 3. *Actes et caractères généraux de l'instruction.*

Le Code a réglé avec beaucoup de soin toutes les mesures nécessaires à la recherche des preuves, le constat, les perquisitions, les visites, les saisies.

C'est ainsi que les lettres, télégrammes et autres envois émanant de l'inculpé ou à lui adressés, une fois saisis, ne peuvent être ouverts qu'avec l'assentiment de l'inculpé. S'il le refuse, le juge doit obtenir, pour passer outre, l'autorisation de la chambre du conseil (art. 147).

La loi édicte également un droit de recours qui est appelé à servir de contrepoids à l'omnipotence du juge.

Art. 113. « Quiconque estime qu'il lui a été fait grief par une ordonnance ou une négligence du juge d'in-

struction, a le droit de provoquer sur ce point une décision de la chambre du conseil, qui statue en dernier ressort, ministère public et juge d'instruction entendus. »

Ceci dit, constatons que l'instruction est secrète, que les témoins sont entendus (art. 162) séparément, et hors la présence de l'accusateur, de l'inculpé et de son conseil ; que le juge peut les confronter entre eux (art. 168) ou avec l'inculpé, mais qu'il n'y est point obligé.

La grosse innovation du Code de 1874, est l'introduction du conseil dans la procédure préparatoire. L'art. 45 pose le principe et définit le but de l'innovation : assurer les droits de la défense.

« Au cours des constatations préliminaires et de l'instruction, l'inculpé peut se faire assister d'un conseil choisi sur la liste des défenseurs, soit pour veiller à la conservation de ses droits à chaque acte de la procédure qui intéresse directement l'établissement du fait et qui ne peut être renouvelé plus tard, soit pour suivre sur un recours déjà formé par lui. S'il est détenu, il pourra s'entretenir avec lui en présence d'une personne attachée au tribunal. »

Ainsi la loi ne veut pas que l'inculpé puisse jamais être séparé de l'avocat qu'il s'est donné. La seule rigueur qu'elle autorise contre lui est la mise aux fers (art. 188) s'il cherche à prendre la fuite ; elle écarte le secret. Mais d'autre part elle exerce sur les rapports

de l'avocat et de son client, une surveillance étroite et jalouse, qui ne nous semble guère compatible avec l'indépendance et la dignité du barreau.

Quel est le rôle de l'avocat?

Il prend connaissance de tout ou partie des actes de la procédure, si le juge d'instruction, et, en cas de contestation, la chambre du conseil juge cette communication compatible avec le but de l'instruction. En tout cas, il doit lui être délivré, sur sa demande, copie du mandat d'arrêt et de ses motifs, ainsi que de toute ordonnance du juge contre laquelle l'inculpé s'est pourvu (art. 45).

On peut s'étonner qu'après avoir admis le concours de l'avocat dans l'instruction, la loi ne lui reconnaisse pas le droit ferme et incontestable de prendre communication des pièces au lieu de confier à la bonne volonté du juge le soin de les lui remettre ; qu'elle n'impose également la communication de l'ordonnance, qu'après que le pourvoi est déjà formé contre elle, alors qu'il semble utile d'en interroger la lettre et le texte précisément pour savoir si on doit l'attaquer.

Après la notification de l'acte (1) d'accusation, l'inculpé peut s'entretenir avec son défenseur hors la pré-

(1) En Autriche, c'est l'accusateur et non la chambre d'accusation, qui met en état d'accusation, par le dépôt de l'acte d'accusation (art. 267). L'inculpé a le droit d'y former opposition : s'il en use, l'opposition est jugée à huis clos par la Cour de seconde instance, ministère public entendu.

sence d'un tiers. Ils ont l'un et l'autre le droit de prendre connaissance des actes, à l'exception du procès-verbal de délibération de la Cour, et d'en tirer copie. (art. 45).

C'est à ce moment aussi qu'ils reçoivent, sur leur demande, copie, sans frais des procès-verbaux des visites de lieux, des rapports d'experts, des documents originaux qui déterminent l'objet du procès criminel (art. 45).

Le défenseur ne joue que le rôle de conseil pendant l'instruction préparatoire. Il n'a pas le droit d'assister à l'interrogatoire (art. 97) mais seulement, et s'il le juge convenable, au constat, aux visites domiciliaires, à la perquisition des papiers et objets compromettants : il peut indiquer les objets auxquels doivent s'étendre les constatations.

Les fonctions du défenseur sont, somme toute, assez restreintes : mais même dans ces termes là, elles affirment hautement les droits de la défense, et le contrôle que l'équité commande d'établir sur les actes des magistrats chargés de l'instruction.

§ 4. *De l'interrogatoire.*

L'inculpé doit être entendu dans les vingt-quatre heures de sa traduction devant le juge d'instruction.

La loi ne déclare pas que ce soit là le seul et unique

interrogatoire qu'elle autorise. Elle veille seulement à ce que l'interrogatoire ne puisse pas dégénérer en un abus fatal à la justice, en une source de violences et d'erreurs.

L'interrogatoire sera fait avec modération et patience. En principe il est oral, sauf la faculté de permettre une réponse par écrit sur certains points difficiles à expliquer (art. 198). Ministère public, témoins, défenseur en sont écartés. Cependant le juge, lorsque cette mesure lui semble utile, peut ordonner que les témoins instrumentaires y assistent; il peut également l'ordonner, si l'inculpé le demande.

Les questions doivent être posées de façon à faire connaître à l'inculpé les motifs de suspicion qui pèsent sur lui, de façon à le mettre à même de les détruire ou de les confirmer (art. 199). S'il invoque des preuves ou des faits à décharge, il y a lieu de vérifier ces allégations, à moins qu'elles n'aient pour but de retarder l'instruction de l'affaire.

Les questions ne seront ni vagues, ni obscures, ni ambiguës, ni captieuses (art. 200).

Il ne peut être employé ni promesses, ni représentations, ni menaces ou moyens de contrainte pour amener l'inculpé à faire des aveux ou d'autres déclarations déterminées. L'instruction ne doit pas être retardée par les efforts faits pour obtenir un aveu (art. 202).

Les pièces de conviction doivent être représentées à l'inculpé afin qu'il les reconnaisse.

L'aveu n'est pas le but unique de l'interrogatoire. Il peut en être le résultat heureux, mais, ainsi obtenu, il doit être contrôlé et ne dispense pas le juge d'arriver à la démonstration des faits avoués.

Si l'aveu est général et confirmé par les autres données de l'instruction, l'obligation de procéder à de nouvelles investigations est subordonnée aux réquisitions spéciales de l'accusateur (art. 206).

SECTION III

BELGIQUE

Le Code de 1808 fut appliqué en Belgique pendant de longues années, et y demeura intact jusqu'en 1852, époque à laquelle on s'occupa de réformer celles de ses dispositions qui ont trait à la liberté individuelle. La loi du 13 février 1852 fut un premier coup porté à l'omnipotence du juge d'instruction.

Elle distingua nettement le mandat de dépôt du mandat d'arrêt; limita l'interdiction de communiquer, et l'entoura, même ainsi réduite à une durée de dix jours, de garanties sérieuses, en armant la chambre du conseil du droit d'en donner mainlevée, dans le cas où le juge userait trop facilement de la faculté qu'il a de renouveler l'ordonnance.

La loi de 1852 ne permettait pas que le mandat de dépôt devint d'un emploi fréquent, général et abusif en matière correctionnelle. Lancé par le juge dans la limite de ses pouvoirs, il était nécessaire pour qu'il produisît tous ses effets, qu'il fût maintenu par la chambre du conseil.

Le minimum du cautionnement était supprimé. La liberté provisoire était rendue facultative dans les affaires criminelles; l'élargissement provisoire sur sim-

ple promesse de se représenter cessait d'être interdit. Enfin un contrôle sérieux et immédiat, en quelque sorte sur chacun des actes du juge d'instruction, était conféré à la chambre du conseil, et garantissait les droits de la défense.

Telles étaient les innovations assurément libérales de la loi de 1852. Elles étaient insuffisantes. De nombreux et graves abus se produisirent; des réclamations se firent jour dans la presse, et le 13 juin 1873 la chambre des représentants invitait, par un ordre du jour motivé et voté à l'unanimité, le gouvernement à modifier la procédure pénale préparatoire. Le projet déposé pour répondre à ce vœu est aujourd'hui la loi du 20 avril 1874.

La commission a pu dire avec raison dans son rapport que, sans désarmer la sécurité sociale, sans méconnaître les nécessités de la répression, cette loi accorde à la liberté individuelle des garanties inconnues chez la plupart des peuples.

§ 1. *Mandats et arrestations.*

La loi de 1874 ne conserve plus que le mandat d'arrêt; celui de dépôt, maintenu en 1852,dis paraît.

Le mandat d'arrêt devient révocable. Disposition louable, car il est juste que le juge puisse au cours de l'instruction, donner mainlevée du mandat qu'il a dé-

cerné, quand les charges sont moins graves, les incriminations réfutées, les soupçons dissipés, quand le fait reproché, considéré d'abord comme un crime passible d'une peine perpétuelle, se change par suite de révélations ultérieures, en un simple délit ou n'entraîne qu'une peine temporaire.

Le mandat d'arrêt (art. 1) ne peut être délivré par le juge qu'après l'interrogatoire, sans qu'il soit besoin des conclusions du ministère public.

Les attributions du magistrat sont très clairement précisées et limitées.

La loi de 1852 avait ainsi réglementé cette matière. Lorsqu'il s'agissait d'un prévenu domicilié et d'un fait passible seulement d'un emprisonnement correctionnel, le juge ne pouvait décerner un mandat de dépôt que dans les circonstances (1) graves et exceptionnelles. Si le fait était de nature à entraîner une peine seulement infamante, la réclusion ou les travaux forcés à temps, le juge d'instruction pouvait ou décerner un mandat de dépôt, ou laisser l'inculpé en liberté, si le procureur du roi y consentait. — Le fait emportait-il une peine afflictive et infamante? Le juge d'instruc-

(1) Le ministre de la justice, dans la discussion de la loi de 1874, fit remarquer que les magistrats en tout et à tout propos virent des circonstances graves et exceptionnelles, et que cette manière d'interpréter les textes, fut la seule cause du nombre et de l'exagération des détentions préventives, qui alarmèrent l'opinion publique.

tion après avoir entendu le ministère public décernait un mandat d'arrêt.

La loi de 1874 laisse moins de place à l'arbitraire.

En matière correctionnelle, quand l'emprisonnement encouru est inférieur à trois mois, le mandat d'arrêt est interdit. Le prévenu a droit, sans aucun délai, à la liberté provisoire (art. 1).

Lorsque l'emprisonnement est de plus de trois mois, ou qu'il s'agit d'une peine plus grave, la loi crée diverses catégories de traitements.

Premier cas. — La peine est au-dessous de quinze années de travaux forcés.

Si l'inculpé n'est pas domicilié en Belgique, le juge est investi à son égard d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'utilité de la détention préventive : toutes les fois que cette mesure lui paraît justifiée par les circonstances, il délivre un mandat d'arrêt. Il n'est pas même tenu d'indiquer dans le mandat les faits qui motivent sa décision (art. 2).

Si l'inculpé est domicilié en Belgique, le juge ne peut délivrer de mandat d'arrêt, que dans les circonstances graves et exceptionnelles, lorsque l'intérêt de la sécurité publique lui en fait une obligation (art. 1).

M. Thonissen, rapporteur, a indiqué la portée de ses dispositions : « Il faut que les circonstances graves et exceptionnelles soient énumérées et, pour ainsi dire, définies dans chaque espèce ; il ne suffit pas qu'on insère dans le texte du mandat une formule gé-

nérale, applicable à la plupart des cas qui peuvent se rencontrer dans l'instruction. » La loi elle-même a pris soin, en établissant un contrôle sérieux, d'indiquer que les termes dont elle se sert, ne sont point une vague et stérile recommandation. Elle donne, en effet, au procureur du roi et à l'inculpé le droit d'attaquer le mandat et en particulier les motifs de sa délivrance, devant la chambre du conseil. Si donc ces motifs ne sont pas respectables et ne sont point l'expression d'un intérêt général, réel et effectif, mainlevée sera donnée du mandat.

Deuxième cas. — La peine encourue est de quinze à vingt ans de travaux forcés ou une peine plus considérable, par exemple l'emprisonnement perpétuel.

Dans ce cas, la détention préventive est la règle générale ; le juge doit délivrer un mandat d'arrêt ; il ne peut laisser l'inculpé en liberté que sur avis conforme du procureur du roi. L'assentiment de ce magistrat, représentant de la société, est un gage que l'inculpé ne sera jamais laissé en liberté, quand il y aura contre lui des présomptions graves, ou quand les besoins de l'instruction réclameront son incarcération immédiate.

La loi belge ne s'est pas contentée des précédentes dispositions, qui lient étroitement les mains des juges d'instruction : elle veut encore protéger les justiciables contre toute atteinte inutile à leur liberté, en déclarant le mandat d'arrêt provisoire et caduc : « Le mandat d'arrêt (art. 4) ne sera pas maintenu si, dans

les cinq jours de l'interrogatoire, il n'est pas confirmé (1) par la chambre du conseil, sur rapport du juge d'instruction. Cette chambre doit entendre, dans leurs observations, le procureur et l'inculpé. »

Celui-ci peut même s'y faire assister d'un conseil, et doit être spécialement interpellé à ce sujet. S'il en demande un, le président de la chambre appelée à statuer, fixera vingt-quatre heures à l'avance le lieu, le jour, l'heure de la comparution, afin que l'avocat puisse préparer ses observations sur les motifs du mandat d'arrêt (§ 2, art. 4).

Enfin, la loi a prévu le cas bien rare où une détention préventive ordonnée par le juge d'instruction, confirmée par la chambre du conseil, pourrait devenir une véritable vexation. Elle veille à ce que cette détention, une fois prononcée, ne se prolonge pas sans nécessité : « Si la chambre du conseil, dit l'art. 5, n'a pas statué dans le mois à compter de l'interrogatoire l'inculpé sera mis en liberté, à moins que la chambre, par ordonnance motivée, rendue à l'unanimité, le procureur du roi, l'inculpé ou son conseil entendus, ne déclare que l'intérêt public exige le maintien de la détention. Il en sera de même successivement de mois en mois, si la chambre du conseil n'a pas statué

(1) Sous l'empire de la loi de 1852, la confirmation faite par la chambre du conseil, était devenue une simple formalité parce que le tribunal statuait à huis clos et sans débats contradictoires.

sur la prévention à la fin d'un nouveau mois. » C'est là une garantie efficace contre les négligences, les oublis des magistrats, les lenteurs de l'instruction.

Toutes ces dispositions forment un ensemble de mesures fort louables et d'une incontestable utilité contre les abus de pouvoir et les applications illégales ou même simplement imprudentes des mandats qui constituent la détention préventive.

Quant à l'interdiction de communiquer, il est impossible qu'elle dégénère en torture pour le détenu, ou en procédé d'instruction. Elle peut être ordonnée pour une durée de trois jours et n'est pas susceptible de renouvellement (art. 3).

§ 2. *De la liberté provisoire.*

L'individu qui a été arrêté en vertu d'un mandat d'amener peut le faire tomber, en démontrant à la chambre du conseil que la sécurité sociale n'exige pas que cet ordre soit confirmé.

C'est une première façon d'obtenir son élargissement provisoire.

Mais le mandat, une fois confirmé, ne peut plus être révoqué que sur conclusions conformes du ministère public (art. 6) et à charge pour l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure.

La nécessité des conclusions conformes s'explique

aisément : l'ordre d'écrou a subi le contrôle de la chambre du conseil : toutes les apparences sont donc réunies qu'il est basé sur des présomptions graves de culpabilité. Dès lors la détention préventive est surtout destinée à assurer l'exécution du jugement ; or c'est le parquet qui est chargé de veiller à cette exécution, il est donc juste qu'il apprécie souverainement un acte qui menace de la compromettre.

Quand les magistrats ne donnent pas mainlevée du mandat, l'inculpé peut par requête solliciter sa mise en liberté provisoire.

Cette demande est portée devant la chambre du conseil ou devant la chambre des mises en accusation, suivant que c'est l'une ou l'autre de ces juridictions qui est saisie de la procédure, au moment où elle est formée.

Il peut être fait droit à cette demande en tout état de cause.

C'est ainsi que la chambre du conseil, quand elle renvoie l'affaire à la chambre des mises en accusation, peut élargir l'inculpé s'il est détenu ; comme décerner contre lui, s'il est libre, une ordonnance de prise de corps, immédiatement exécutable (art. 9).

Quel que soit le parti pris par la chambre du conseil, il appartient toujours à la chambre d'accusation, quand la procédure lui a été transmise, de se prononcer librement sur la question de savoir si l'inculpé doit demeurer libre ou détenu. Elle doit même statuer sur

cette difficulté dans toutes les affaires qui lui sont renvoyées.

La chambre du conseil, qui infirme le mandat ou la juridiction qui accorde la liberté provisoire, peut soumettre l'inculpé à l'obligation de fournir un cautionnement, dont la loi ne fixe ni le minimum ni le maximum (art. 10), en abandonnant le soin d'en fixer le taux à la juridiction qui l'exige.

Ce cautionnement, qui assure la représentation de l'inculpé, ne garantit plus le paiement des dommages-intérêts dus à la partie civile. Il n'a plus d'autre fondement que l'intérêt social, et a ainsi recouvré, en 1874, son véritable caractère que lui avait enlevé la loi de 1852.

Quand l'inculpé a été mis en liberté provisoire, le juge d'instruction peut, en tout état de cause, décerner contre lui un nouveau mandat, s'il manque à se présenter à un des actes de la procédure, ou bien si des circonstances graves rendent cette mesure nécessaire (art. 8).

Ici encore la loi prend des précautions pour que les concessions de liberté provisoire ne soient point illusoires. Elle veut que les circonstances graves et nouvelles soient spécifiées dans le mandat; et que ce mandat soit soumis dans les cinq jours de son exécution, à la chambre du conseil qui statuera après un débat oral et contradictoire sur la question de savoir si le mandat doit être maintenu.

§ 3. *Caractères généraux de l'instruction.*

L'instruction préparatoire est secrète; interrogatoire, audition des témoins et, d'une façon plus générale, tous actes nécessaires à la recherche de la vérité se font conformément au Code de 1808, hors la présence de l'accusateur et du conseil.

Seulement dès le début de l'instruction, immédiatement après le premier interrogatoire, l'inculpé peut communiquer avec un conseil (art. 3).

Cette communication est utile, libre, sans assistance de témoins, sans la présence de gendarmes ou de geôliers. L'interdiction de communiquer peut seule l'entraver, et encore pendant trois jours uniquement.

Le rôle du conseil, dans cette phase du procès, est principalement d'indiquer à l'accusé quels sont ses droits, ses prérogatives; d'intervenir partout où s'agissent les questions relatives à la liberté provisoire, de soutenir et de diriger par ses avis la défense de l'inculpé.

Le défenseur ne reçoit communication des pièces de la procédure que quand l'affaire est portée devant la chambre d'accusation.

C'est encore lui qui veille à ce que les mesures (art. 26) prescrites par la loi pour accélérer la procédure soient observées. La chambre d'accusation est

appelée à se prononcer sur la légitimité des retards signalés, procureur et conseil entendus ; il lui appartient également de prendre les mesures que comporte la situation.

La loi belge de 1874 ne touche qu'aux intérêts de la liberté individuelle. Il est aujourd'hui question de modifier complètement l'instruction préparatoire. La loi du 17 avril 1878 contient le titre préliminaire d'un nouveau Code de procédure pénale.

Quel sera l'esprit de cette réforme ? La commission de la Chambre des représentants a déclaré violentes et injustes les critiques dirigées contre le Code d'instruction criminelle.

Il n'y a donc pas lieu, et tel sera vraisemblablement le nouveau Code, de toucher au système général d'instruction qui fonctionne sans désavantage depuis un demi-siècle : il suffit de mettre en relief les principes essentiels posés par l'Assemblée constituante, de supprimer les restrictions apportées à leur développement par le Code de 1808, et d'organiser plus solidement et d'une façon plus large les droits de la défense.

SECTION IV

RUSSIE

Le Code d'instruction criminelle, qui date de 1864,

a réalisé un progrès considérable sur la législation antérieure.

L'inculpé ne peut pas communiquer avec un conseil pendant l'instruction préparatoire. Mais certaines garanties très appréciables lui ont été accordées.

C'est ainsi que les témoins sont interrogés en présence de l'inculpé, mais toujours un à un. Par exception, quand des raisons graves exigent qu'il soit dérogé à ce principe général, l'audition peut avoir lieu en l'absence de l'inculpé (art. 446). Et dans ce cas : « La déposition du témoin qui a été ainsi entendu secrètement, doit être lue à l'accusé, qui peut y objecter et demander au juge de poser au témoin de nouvelles questions. Les circonstances que l'accusé oppose à la déposition du témoin doivent être éclaircies par le juge d'instruction, si elles ont une signification réelle dans la cause » (art. 448 et 449).

Ce sont là, pour la défense, de sérieux avantages : toutefois, pour qu'ils ne soient point illusoires, il faut que l'inculpé puisse faire casser par une juridiction supérieure l'ordonnance portant refus du juge de se soumettre aux dispositions légales qui les établissent. La loi n'édicte point expressément cette sanction ; mais il est difficile de croire qu'elle n'existe pas.

L'inculpé a le droit d'assister aux perquisitions et visites domiciliaires et à l'audition des voisins et cohabitants qui déposent sur son genre de vie et sur ses occupations.

Le juge d'instruction doit en outre lui donner, s'il le demande, copie sans frais de tous les actes de l'information, déposition des témoins, etc.

Une décision du Conseil de l'Empire, en date du 30 octobre 1878, s'occupe d'assurer au public l'inviolabilité de la correspondance : « Les lettres et télégrammes adressés à des personnes qui sont l'objet de poursuites judiciaires ou émanant d'elles, ne peuvent pas être saisis et ouverts d'office par le juge d'instruction. Ce magistrat doit en demander l'autorisation au tribunal de cercle, et ce tribunal, s'il la lui accorde, doit motiver sa décision par un exposé précis des faits qui nécessitent cette mesure. »

L'instruction terminée, les accusés et tous ceux qui sont intéressés dans l'affaire ou leurs fondés de pouvoirs, sont admis à prendre communication au greffe, des pièces authentiques de la procédure, sous la surveillance du secrétaire.

Le juge d'instruction demande ensuite à l'inculpé s'il a quelque chose à dire pour sa justification. Ce dernier fait de nouvelles déclarations pouvant avoir de l'importance, la procédure doit être complétée en conséquence (art. 476-477).

CHAPITRE III

TROISIÈME GROUPE

L'Italie et la Suisse doivent être rapprochées.

Leur système général d'instruction, et c'est en cela qu'elles se distinguent des différents pays que nous venons de traverser (Allemagne, Autriche, Belgique, Russie), est resté semblable à celui de la France.

L'inculpé n'est assisté (1) d'aucun conseil ; l'œuvre de l'accusation se construit librement, à l'abri de toute contradiction. Sur ces points l'œuvre du législateur de 1808 a été respectée.

En revanche elle a subi d'importantes modifications, en ce qui concerne les mesures relatives à la liberté individuelle.

(1) Réserve faite du droit que la loi italienne donne à l'inculpé de faire soutenir ses prétentions par un avocat, dans les questions de liberté provisoire. L'intervention de l'avocat est exclusivement limitée à cette fin spéciale.

SECTION PREMIERE

ITALIE

Le Code de procédure pénale remonte au 26 novembre 1865.

Des abus sans nombre, presque invraisemblables, en ont signalé l'application. En 1873 par exemple, sur 194,108 individus arrêtés et détenus préventivement, 93,638 étaient relâchés à la suite d'une ordonnance de non-lieu. Saisi de ces révélations, le Parlement italien vota la loi des 30 juin - 5 juillet 1876, qui transforma complètement les règles applicables en matière de détention préventive et de liberté provisoire.

La loi de 1876 se compose de trois parties : l'une, relative à la délivrance des mandats de comparution et d'arrêt ; la seconde, à la confirmation et à la révocation de ces mêmes mandats ; la troisième, réglementant la mise en liberté provisoire des inculpés.

§ 1. *Délivrance des mandats.*

En principe, le juge d'instruction, se guidant d'après

la gravité du fait incriminé, peut à son choix délivrer un mandat de comparution ou un mandat d'arrêt (article 182).

Toutefois il ne peut délivrer qu'un mandat de comparution :

1° Contre les inculpés qui ne sont menacés que d'une interdiction des fonctions publiques.

2° Contre les prévenus qui encourent seulement un emprisonnement de trois mois ou de moins de trois mois.

En revanche le mandat d'arrêt est susceptible d'être délivré de plein droit, sans autre avertissement préalable, art. 182 :

1° Contre les vagabonds, gens sans aveu, mendiants et autres personnes suspectes (art. 206, § 1), quand il s'agit d'une peine supérieure à trois mois de prison.

2° Contre les prévenus de rébellion, ou résistance, outrages ou violences envers les dépositaires de l'autorité publique ou envers les agents de la force publique.

3° Contre les prévenus de fabrication, introduction dans le royaume, vente, port, détention d'armes, précédemment condamnés pour rébellion, résistance ou violence envers les dépositaires ou agents de la force publique.

4° Contre les prévenus de vol, escroquerie, fraude, encourant plus de trois mois de prison.

5° Contre tout individu inculpé d'un crime, sans

domicile ou résidence fixe dans le royaume, ou déjà en état de fuite (art. 182).

6° Enfin contre tout inculpé, à l'occasion de qui un mandat de comparution a déjà été lancé, pour un délit emportant au moins la prison comme peine principale, et qui ne comparaît pas, sans justifier d'un empêchement légitime (art. 183).

La justice conserve d'assez grandes facilités pour procéder aux séquestrations rapides : la loi n'a point voulu, sous le prétexte de remédier à des abus préexistants, lui lier complètement les mains ou paralyser son action ; elle a simplement cherché quelques améliorations réclamées par l'expérience, et, chose remarquable, c'est dans la détermination *a priori* du mandat à délivrer et des cas dans lesquels tel ou tel mandat doit l'être, qu'elle les a trouvées : le pouvoir discrétionnaire du juge a paru en Italie la source principale des maux dont souffrait la liberté individuelle.

§ 2. *Confirmation et révocation des mandats.*

Dans le cours de l'instruction le juge peut transformer le mandat de comparution en mandat d'arrêt

Cette mesure ne peut s'opérer qu'après conclusions du ministère public. Il faut en outre qu'il y ait des présomptions graves de culpabilité, des circonstances particulières qui rendent nécessaire de s'assurer de la

personne de l'inculpé. et, en général, il est indispensable qu'il ait été (1) interrogé (art. 205).

Mais aucune de ces conditions n'est exigée quand le mandat d'arrêt est lancé dans l'hypothèse de l'art. 183 sur défaut à la suite du mandat de comparution.

Le mandat d'arrêt n'est pas irrévocable.

Pendant la procédure préparatoire et tant que la chambre du conseil n'est pas saisie, le magistrat instructeur est tenu, sur la demande de l'inculpé et aussi d'office, le ministère public entendu, de rapporter le mandat d'arrêt :

1° Quand les actes de l'instruction enlèvent au fait incriminé la qualification en raison de laquelle le mandat avait été délivré et toute autre qualification permettant de le délivrer;

2° Quand les preuves et indices qui avaient fait décerner le mandat auront été infirmés, sauf à délivrer un autre mandat s'il y a lieu (art. 185).

Cette infirmation est possible, même si le mandat n'a pas encore été exécuté.

Le ministère public et l'inculpé peuvent appeler devant la chambre des mises en accusation de l'ordonnance du juge rendue contrairement à leurs conclusions et demandes (art. 185).

Ces infirmations de mandat ne désarment pas la justice, car elles sont entourées d'une double garantie, à

(1) L'interrogatoire doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures qui suivent l'arrestation.

savoir que celui qui en profite doit promettre de se représenter à toute réquisition et qu'un nouveau mandat peut toujours être décerné contre lui.

§ 3. *Liberté provisoire.*

Le juge d'instruction jouit de la plus grande liberté d'action en cette matière.

C'est ainsi qu'il peut mettre en liberté provisoire, sans caution, tout individu sur lequel ne pèsent pas de trop lourdes charges.

L'élargissement est d'ailleurs toujours susceptible d'être soumis à la condition d'un cautionnement, même quand il dérive d'une infirmation de mandat (art. 213, 187), et ce cautionnement garantit non seulement la présence aux actes de l'instruction pour lesquels l'inculpé est cité à comparaître, mais encore, le cas échéant, sa présence dans un lieu déterminé où les magistrats soient sûrs de le trouver.

Par exception, la liberté provisoire demeure fermée, même sous caution :

1° Aux gens sans profession, vagabonds, mendiants et autres personnes suspectes ; aux individus déjà condamnés à une peine criminelle ; aux inculpés d'un délit contre lesquels il peut être délivré un mandat d'arrêt aux termes des n^{os} 1, 2, 3, § 1 de l'art. 182 ; aux prévenus de vol, escroquerie ou fraudes, poursuivis de nouveau pour ces mêmes faits ;

2° Aux individus arrêtés sur le point de commettre un crime, ou alors qu'ils étaient poursuivis par la victime ou désignés par la clameur publique ;

3° Aux prévenus de délits de rébellion, de résistance ou de violence contre les dépositaires de l'autorité publique ou les agents de la force publique, ou des délits indiqués à l'art. 45 du Code pénal, excepté quand, pour ces derniers, la chambre d'accusation a renvoyé la cause au tribunal correctionnel, aux termes de l'article 440, s'il s'agit de mineurs de dix-huit ans, prévenus de vol, quand ils ne sont pas en état de récidive (art. 206).

A part ces quelques cas, dont quelques-uns mal définis peuvent donner lieu à des interprétations très larges, la liberté sous caution (art. 205) est permise pour tous délits et crimes passibles d'une peine temporaire.

On peut s'étonner que la loi italienne ait méconnu, par ces restrictions, le principe même de la liberté provisoire : est-ce que les garanties morales offertes par un accusé ne peuvent pas être telles, quelle que soit la gravité du fait poursuivi, la durée de la peine, qu'il n'y ait à redouter aucun danger de fuite? Est-ce que les magistrats ne sont pas capables de prendre en considération cet ensemble de faits et de voir si l'élargissement provisoire ne présente pas d'inconvénients? Dès lors, pourquoi leur interdire de l'accorder, et leur enlever ainsi une faculté dont la disparition se retourne

contre le but avoué de la loi de 1876, qui est de protéger aussi puissamment que possible la liberté individuelle?

La mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause (art. 208), mais elle ne peut être accordée *postérieurement* à l'arrêt déclarant qu'il s'agit d'une accusation criminelle. On en a conclu que la chambre des mises en accusation peut l'accorder *en même temps* qu'elle renvoie l'inculpé devant la Cour d'assises.

La loi de 1876, insérée dans le Code de l'instruction criminelle, a donné en pratique d'excellents résultats (1).

§ 4. *Caractères généraux de l'instruction.*

L'instruction est secrète, mais le juge, pour remplir sa mission, doit s'efforcer d'instruire tant à charge qu'à décharge (art. 161, 84).

Le défenseur intervient dans l'instruction, mais dans un but tout à fait spécial. Ce n'est pas pour exercer un contrôle sur les actes et la direction de la procédure,

(1) En 1876 en matière correctionnelle, sur 30,736 individus arrêtés et jugés, 8,892 avaient été mis en liberté provisoire soit 28 0/0 en moyenne. En France, dans cette même année, sur 63,542 individus arrêtés et jugés correctionnellement, 1,788 seulement ont été mis en état de liberté provisoire, soit 3 0/0,

pour assister aux interrogatoires ou aux dépositions de témoins, pour participer activement à tout ce qui se fait et le surveiller. Non ! c'est uniquement pour représenter l'inculpé et faire valoir ses droits dans les questions de liberté provisoire.

Art. 210 : « L'inculpé peut faire soutenir sa demande par un défenseur qui déposera ses conclusions écrites dans toutes les affaires relatives à la liberté provisoire. »

Le conseil ne reçoit communication des pièces que quand la procédure a été adressée au procureur général. Elle est alors déposée au greffe de la Cour où, pendant huit jours, le dossier reste à la disposition du défenseur. Ce délai (art. 423) permet de préparer un mémoire sérieux pour la chambre d'accusation.

L'instruction n'est donc ni publique ni contradictoire.

La véritable protection pour l'inculpé réside, non point dans cette assistance écourtée de l'avocat, mais dans les attributions très étendues de la chambre du conseil.

Toutes les fois qu'il y a une instruction préparatoire ouverte, le juge d'instruction doit, vingt-quatre heures après les conclusions (1) du ministère public, en référer à la chambre du conseil (art. 197).

(1) Ces conclusions doivent être prises dans les deux jours qui suivent le premier interrogatoire, c'est-à-dire dans les trois jours à dater de l'arrestation.

Celle-ci est investie des pouvoirs les plus étendus en ce qui concerne la détention préventive, et les conditions à exiger de l'inculpé qu'elle met en liberté.

C'est elle qui statue sur la demande formée par le prévenu à fin d'élargissement (art. 209).

C'est elle qui révoque la liberté provisoire soit d'office, soit sur conclusions du ministère public, si l'instruction réclame cette mesure (art. 205).

C'est elle enfin qui statue sur la prévention et rend une ordonnance de non-lieu ou une ordonnance de renvoi, suivant les cas.

La loi lui donne d'ailleurs les moyens de se prononcer en connaissance de cause. Si elle se déclare mal éclairée, elle peut ordonner que l'inculpé soit à nouveau interrogé par le juge d'instruction; elle peut également exiger un supplément d'information et du juge un autre rapport.

SECTION II

SUISSE

§ 1. *Canton de Genève.*

Notre Code de 1808 a été modifié par la loi du 23 avril 1849 et par la Constitution de 1847.

1° *Détention préventive.* — La loi reconnaît trois sortes de mandats, de nature et d'effets différents.

Le mandat d'amener par lequel un magistrat compétent ordonne l'arrestation d'un inculpé. Cette arrestation ne peut durer plus de vingt-quatre heures ; au delà il y aurait détention arbitraire, prévue et punie par la loi.

A l'expiration des vingt-quatre heures, le prévenu doit être relâché, ou son mandat converti en un mandat d'arrêt. Ce mandat, décerné par le juge d'instruction, a pour but de maintenir celui qui en est l'objet, en état d'arrestation pendant une durée de huit jours au plus (art. 5, loi de 1849).

Si l'individu n'a pas été mis en liberté au bout de ce

temps, la chambre d'instruction rend un mandat de dépôt, qui le place définitivement en état de détention préventive (art. 7). La durée de cette détention est illimitée.

Ainsi ces mandats se succèdent, et se complètent l'un l'autre. Arrêté en vertu du premier et interrogé à bref délai, le prévenu soulève une première fois au bout de vingt-quatre heures la question de liberté provisoire. Huit jours plus tard elle se pose encore devant une nouvelle juridiction, qui a mission de la trancher, en délivrant un mandat de dépôt ou en s'y refusant.

Tout mandat énonce le fait poursuivi. Ceux de dépôt et d'arrêt portent en outre mention du texte de loi qui le punit (art. 8).

2° *Mise au secret*. — L'interdiction de communiquer peut être prononcée pour une durée de huit jours (article 9). Elle peut être prolongée avec l'autorisation de la chambre d'instruction (art. 9).

Vingt-quatre heures après son arrestation, alors qu'il a déjà été interrogé, l'inculpé peut, s'il n'est pas au secret, se choisir un défenseur et conférer librement avec lui.

3° *Liberté provisoire*. — Elle est réglée par la loi de 1850.

En matière correctionnelle, elle est un droit absolu à moins que le prévenu n'ait déjà subi une condamnation pour crime ou qu'il n'ait laissé précédemment contraindre sa caution.

En matière criminelle, le juge peut toujours l'accorder s'il la croit sans danger pour la société.

La liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause. Quand le juge d'instruction est dessaisi, c'est la chambre d'instruction qui connaît de la demande. C'est toujours et dans tous les cas elle, qui fixe le cautionnement eu égard à la gravité du fait incriminé et du préjudice causé, la loi n'établissant ni minimum ni maximum.

Cette législation présente deux particularités dignes de remarque : un système de mandats à échéance fixe, et un autre de liberté provisoire, dans lequel l'élargissement est toujours conditionnel et garanti par un cautionnement, dans les cas où il est un droit.

Une loi du 11 octobre 1879 a encore introduit quelques améliorations.

La chambre du conseil voit ses attributions confirmées, mais entourées de nouvelles garanties pour le prévenu. Elle doit en effet recevoir du juge communication de la procédure dans les huit jours qui suivent la signification du mandat d'arrêt, ce qui lui permet de statuer sur la question de liberté avec plus de lumière.

La loi prend des mesures pour accélérer les instructions.

En matière criminelle, toutes les pièces doivent être communiquées à la chambre d'instruction, après

trois mois de détention préventive ; après six semaines, s'il s'agit d'un délit.

Le prévenu reçoit le droit de se faire assister d'un conseil devant la chambre d'instruction et d'obtenir communication de la procédure.

§ 2. *Canton de Vaud.*

Les lois en vigueur sont le Code de procédure du 1^{er} février 1850 et la loi du 17 mai 1875.

Elles reconnaissent cinq espèces de mandats : le mandat d'avis, par lequel le juge fait une communication à l'inculpé (art. 32), les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt qui ont le même caractère et la même puissance que dans la loi française (art. 32, 34, 35, 36).

La liberté provisoire est accordée lorsque (art. 77) : « le juge estime, prenant en considération la nature du délit et les circonstances de la cause : 1° qu'il n'en résulte pas d'inconvénient pour l'instruction du procès ; 2° que la fuite du prévenu n'est pas à présumer ; 3° qu'il n'est pas à craindre que le prévenu abuse de sa liberté pendant l'information ; 4° que la mise en liberté n'est pas de nature à produire un fâcheux effet sur l'opinion publique. — Le juge peut d'ailleurs, si les garanties

personnelles du prévenu lui semblent insuffisantes, exiger un cautionnement. »

Donc le juge de paix, chargé de l'enquête, jouit en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire : le sort de l'inculpé est entre ses mains. Il a le droit de l'élargir après lui avoir refusé la liberté ; de le faire incarcérer, après l'avoir mis en liberté.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une affaire de presse, ou d'une contravention de police municipale (art. 83), le prévenu doit rester libre.

Cette disposition mérite d'être notée, car le tribunal de police municipale est appelé à prononcer non seulement la peine de l'amende, mais encore celle de l'emprisonnement, pour cent jours et moins (art. 24).

L'omnipotence du juge est en outre tempérée par le contrôle qui appartient sur tous ses actes au tribunal d'accusation. L'inculpé a le droit de déférer à cette juridiction toute sentence rendue par le juge sur la question de liberté provisoire, qui lui est défavorable ; mais le recours n'est pas suspensif, et l'ordre du juge s'exécute provisoirement.

La liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause, et produit, sauf restriction contraire et explicite, ses effets jusqu'au jugement (art. 81).

Le cautionnement a un maximum de 4,000 francs.

Cette législation est assurément imparfaite sur la plupart des points que nous venons de signaler. Elle mérite des éloges à d'autres égards, car elle organise

convenablement la détention préventive, et la responsabilité des fonctionnaires qui agissent à son occasion.

Aussitôt que le prévenu est arrêté, la responsabilité du juge de paix est engagée ; entre le prévenu et lui, personne ne s'interpose. Le geôlier ne reçoit d'ordres que du juge : aucune mesure de rigueur ne peut être employée contre les détenus.

Le juge informateur conserve l'inspection de la prison et la surveillance de l'accusé jusqu'au moment où le président du tribunal est nanti des pièces. Celui-ci reçoit alors ces attributions et les conserve jusqu'au jour où il les transmet au préfet, chargé d'assurer l'exécution de la peine.

Ainsi, c'est toujours un magistrat, jamais un fonctionnaire dépendant du pouvoir exécutif, qui prescrit les mesures provisoires. Et la responsabilité de ce magistrat n'est pas illusoire : si le prévenu a des plaintes à déposer au sujet de sa détention, il peut les faire insérer au procès-verbal, et même les adresser directement au tribunal d'accusation

§ 3. *Canton de Valais.*

La loi de procédure criminelle est celle du 23 avril 1849.

Le mandat de comparution, qu'elle appelle exploit de citation, est la règle.

Le mandat d'amener ne peut être délivré que dans trois cas :

1° Lorsqu'il s'agit d'un fait emportant une peine afflictive ou infamante (art. 83) ;

2° Lorsqu'il s'agit d'un vol emportant un emprisonnement correctionnel (art. 83) ;

3° Lorsque le prévenu n'a pas comparu sur l'exploit de citation qui lui a été adressé (art. 84).

Ni l'exploit de citation ni le mandat d'amener ne doivent être motivés par l'indication du fait incriminé.

Les mandats sont décernés par le président du tribunal. C'est devant lui que l'inculpé, saisi en vertu d'un mandat d'amener, doit être immédiatement conduit ou dans les vingt-quatre heures au plus tard (art. 99).

Le président, à l'inverse de notre juge d'instruction, ne peut prendre aucune décision. Dans les quarante-huit heures à partir de la comparution de l'inculpé, il est tenu de réunir la commission d'instruction. C'est cette commission qui décide, après avoir entendu le prévenu, s'il y a lieu de l'incarcérer ou de le mettre en liberté (art. 99 et 105). Elle ne l'envoie en prison que s'il existe contre lui de graves indices de culpabilité, et si le fait incriminé entraîne soit une peine afflictive ou infamante, soit un emprisonnement correctionnel (art. 104).

Le prévenu dont la détention est ordonnée, est

écroué dans une maison d'arrêt, sur un ordre signé par le président de la commission (art. 106) Cet ordre ou mandat d'arrêt doit être motivé.

La liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause (art. 116). Mais, si léger que soit le délit, elle n'est jamais un droit pour l'inculpé.

Elle n'est jamais accordée ni aux vagabonds ni aux accusés d'un crime entraînant une peine afflictive ou infamante, ni à ceux qui auraient été condamnés précédemment à une peine de cette nature (art. 199).

Le cautionnement consiste soit dans le dépôt d'une somme, soit dans l'engagement pris par un tiers (art. 120). Cet engagement garantit non seulement la représentation de l'individu, mais encore toutes les condamnations qui peuvent être prononcées contre lui, même à titre de réparation civile (art. 121).

L'art. 122 fixe la somme de trois mille francs comme maximum de la caution. D'autre part, la commission ne doit accorder la liberté sous caution, que quand le cautionnement est une garantie sérieuse de la représentation de l'inculpé. D'où il suit que l'inculpé ne peut pas être élargi sous caution quand il est très riche, parce que cette somme est insuffisante à assurer la justice de sa présence.

§ 4. *Canton de Neuchâtel.*

Le Code d'instruction criminelle du 24 mai 1875 établit cinq espèces de mandats :

Le mandat d'avis, simple communication du juge d'instruction.

Les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, d'arrêt (art. 22, 23, 24, 25).

Sur la détention préventive et la liberté provisoire, la loi ne dit rien de particulier. Nous signalerons cependant l'art. 59, aux termes duquel : « les prévenus doivent être traités avec tous les égards compatibles avec le but de la détention préventive, qui est seulement de s'assurer de leur personne. et de parvenir à la découverte de la vérité. Aucune mesure de rigueur ne peut être employée contre les prévenus à moins qu'elle ne soit nécessaire pour réprimer des voies de fait ou des actes de violence. Dans ce seul cas, le juge peut ordonner des précautions répressives. »

Quant à la liberté provisoire, elle est la règle générale pour les faits réputés délits (art. 62), et c'est à titre exceptionnel seulement qu'une détention préventive peut être ordonnée, si les faits présentent un caractère particulier de gravité, ou si le prévenu n'a pas de domicile fixe.

Pour les crimes la détention préventive est au con-

traire la règle, mais le prévenu peut être admis par le juge d'instruction et le procureur général ou, en cas de dissentiment entre eux, par la chambre d'accusation, à demeurer en état de liberté provisoire sous caution.

L'art. 176 dispose que l'instruction doit être faite tant à décharge qu'à charge.

Le juge est investi des pouvoirs les plus étendus pour arriver à la constatation du corps du délit. Il est assisté du concours ou au moins de la présence du procureur général.

Les interrogatoires et les dépositions des témoins ont lieu hors la présence du ministère public.

Avant la clôture de l'instruction, le juge demande au prévenu (art. 189) s'il réclame l'intervention d'un défenseur, avant que la chambre d'accusation ait connu de l'affaire. Le défenseur, s'il en demande un, peut solliciter un supplément d'instruction, et le ministère public en est avisé.

La chambre d'accusation statue en l'absence du prévenu, des plaignants et des témoins, sur le vu de la procédure écrite.

Tout prévenu libéré par ordonnance de non-lieu ou par arrêt de la chambre des mises en accusation, après avoir été mis en état d'arrestation, peut réclamer une indemnité par une requête présentée à la chambre d'accusation qui prononce sur l'admission à l'indemnité et sur sa quotité (art. 204).

SECTION III

JAPON

Il est question d'introduire au Japon un Code d'instruction criminelle. C'est ce projet que nous allons étudier.

Les quatre mandats du Code de 1808 sont conservés. Seulement les conditions auxquelles ils sont subordonnés, les effets qu'ils produisent sont déterminés d'une manière plus précise et plus complète.

Au régime des mandats définitifs, par exemple, se trouve substitué le régime des mandats provisoires, disparaissant à des échéances fixes. « Dix jours après l'exécution du mandat de dépôt, le juge d'instruction devra transformer ce mandat en un mandat d'arrêt ou mettre provisoirement l'inculpé en liberté sous caution. »

La mise au secret n'est pas supprimée (art. 156 à 159). Le pouvoir du juge en cette matière n'est limité que par la nécessité de faire un rapport motivé au président du tribunal en cas de renouvellement et par

celle d'interroger deux fois au moins l'inculpé dans chaque période de dix jours au bout de laquelle expire l'effet de l'ordonnance de mise au secret, si elle n'est renouvelée.

Le commissaire du gouvernement a toujours le droit d'assister à l'interrogatoire et de proposer au juge les questions qu'il lui semblerait utile de poser (article 164).

Le juge peut solliciter l'aveu de l'inculpé et la désignation de ceux qui ont participé au crime, mais sans employer menaces, ni promesses illusoires ou fausses allégations (art. 165).

Le juge peut toujours ordonner qu'un inculpé soit mis en liberté provisoire à charge de se représenter à toute réquisition pour la suite de l'instruction et l'exécution du jugement, sauf à demander ses conclusions au commissaire du gouvernement, et sauf à celui-ci à faire opposition quand l'inculpé est placé sous mandat d'arrêt (art. 230).

La liberté pourra toujours être subordonnée à un cautionnement garantissant la représentation de l'inculpé, et dont le montant sera fixé par l'ordonnance du juge accordant ladite liberté (art. 232).

Le cautionnement est affecté uniquement à la représentation de l'inculpé (art. 234).

Contre les actes d'instruction, la chambre du conseil est compétente pour statuer sur l'opposition formée par l'inculpé.

Celui-ci a recours ouvert dans certains cas contre les ordonnances de clôture (art. 278). Il a toujours ce droit contre celles des décisions du juge :

- 1° Qui rejettent un déclinatoire d'incompétence.
 - 2° Qui délivrent un mandat de dépôt ou d'arrêt, contrairement à la loi.
 - 3° Qui refusent la liberté provisoire.
 - 4° Qui contiennent un excès de pouvoir.
-

TROISIÈME PARTIE

PROJET DE LOI VOTÉ PAR LE SÉNAT

SECTION PREMIÈRE

HISTORIQUE

Les institutions politiques ne sont pas sans influence sur l'organisation de la procédure criminelle. Elles sont même intimement liées à elle.

Dans les États où les poursuites devant les tribunaux de répression servent d'armes au gouvernement contre des ennemis politiques, le pouvoir combine les dispositions de l'instruction criminelle de la façon la plus propre à atteindre le but qu'il se propose, autrement dit la condamnation des coupables. Les garanties données aux accusés y sont faibles, incertaines et restreintes ; les attributions des magistrats mal précisées.

Dans les pays libres, au contraire, où l'on se désintéresse complètement de semblables considérations, les

droits de la défense sont bien assis, nettement reconnus et les pouvoirs du juge mieux définis.

« La procédure, dit M. Faustin Hélie, est le complément nécessaire des libertés publiques : ses formalités sont destinées à protéger les droits des citoyens, à les préserver de tout acte arbitraire, de tout excès de pouvoir ; elle acquiert donc la même importance que la loi politique, et cette importance est immédiate car elle protège incessamment les biens les plus précieux, l'honneur, la vie, la sûreté des hommes ; elle peut les froisser à chaque moment, elle est donc l'objet d'une continuelle sollicitude de la part des pouvoirs de l'Etat et des membres de la société. Enfin, si elle emprunte à la philosophie la théorie de ses preuves et ses lois de certitude morale, toutes ses institutions, toutes ses formes, toutes les attributions dont elle investit les magistrats, appartiennent surtout au droit public : c'est là la véritable source dont elle émane, la loi qui domine son cours et le dirige (1). »

Un des premiers actes de la Révolution fut de supprimer la procédure inquisitoire et secrète, qui avait été en usage sous l'ancien régime. Les abus scandaleux, quelle avait produits, des condamnations iniques, dont il fallait imputer la cause à l'absence des garanties dues aux accusés, avaient soulevé contre elle l'opinion publique.

(1) F. Hélie, t. I, p. 89, *Inst. crim.*

Dès le xvi^e siècle Ayrault et Loyseau avaient signalé les vices de cette procédure. Au xviii^e, Beccaria (*Livre des délits et des peines*, 1764) ; l'école philosophique, représentée par d'Alembert, Diderot, Voltaire ; l'avocat général Servan, dans un discours retentissant, prononcé au Parlement de Grenoble (1766), achèvent de la discréditer.

L'Assemblée constituante répondait donc aux vœux du pays tout entier, énergiquement exprimés dans les cahiers des États-Généraux, lorsqu'elle proclamait dans les lettres-patentes de 1789 : « qu'un des principaux droits de l'homme qu'elle a reconnus est celui de jouir, quand il est soumis à l'épreuve d'une procédure criminelle, de toute l'étendue de liberté et de sûreté pour sa défense, qui peut se concilier avec l'intérêt de la société. »

Dans ce but, elle s'inspire de principes radicalement contraires à ceux précédemment appliqués, et institue non seulement la publicité des audiences criminelles, mais encore celle de l'instruction préparatoire. A dater de l'arrestation, la procédure doit se continuer publiquement et contradictoirement avec la défense (Loi du 16 sept. 1791).

Le législateur de 1808 écarte en partie ces règles. A ses yeux, le droit intermédiaire, qui n'avait fait que placer sur le même rang l'intérêt général de la société qui accuse, et l'intérêt individuel de celui qu'elle accuse, avaient compromis, avec les nécessités de la

répression, la bonne administration de la justice. Pour y remédier (1) il y a lieu de s'attacher à un système de conciliation ; d'emprunter à l'époque féodale la publicité des audiences, le jury, les épreuves orales, le droit d'appel ; au régime monarchique l'institution du ministère public, la permanence des juges, le secret de l'information, l'usage des procédures préparatoires rédigées par écrit.

En résumé le Code d'instruction criminelle laisse toute liberté à la poursuite pendant la première période de la procédure. Les droits de l'inculpé lui paraissent suffisamment garantis, du moment qu'il peut se faire assister d'un conseil devant le tribunal répressif, et détruire pièce à pièce au grand jour de l'audience, l'œuvre du juge d'instruction.

Le Code porte évidemment la trace des idées autoritaires du gouvernement sous lequel il a été discuté, voté, promulgué. On ne saurait d'autre part (2) s'étonner qu'au lendemain de perturbations profondes, alors que tant de crimes étaient restés impunis dans la confusion générale, la société avide de repos et de sécurité ait songé à s'armer d'un pouvoir discrétionnaire contre les personnes, au risque de froisser des intérêts sacrés. Mais il appartient à une époque plus calme, à un

(1) Exposé des motifs du projet de réforme de l'inst. crim. présenté au nom du gouvernement par M. Le Royer, garde des sceaux, *Journ. off.* du 14 janvier 1880, p. 302.

(2) Exposé des motifs, *loc. cit.*

régime démocratique, libéral et soucieux des droits de l'individu, de se demander s'il est permis, s'il est nécessaire, ou s'il n'est pas au contraire exorbitant et dangereux de fermer pour ainsi dire la bouche à la défense jusqu'au seuil de la Cour d'assises ou du tribunal correctionnel.

En 1870, une commission extra-parlementaire avait été chargée d'examiner les réformes à introduire dans le Code de 1808. Les funestes événements de cette année ne lui permirent pas d'accomplir sa mission. Mais au mois d'octobre 1878, sur l'initiative de M. le garde des sceaux, Dufaure, une commission (1) composée de criminalistes éminents, auxquels ont été adjoints plusieurs membres du Parlement, fut réunie sous la présidence du ministre de la justice, dans le but d'étudier les améliorations réclamées par la théorie et l'expérience. Le rapport et le projet qu'elle élaborait furent présentés au Sénat le 27 novembre 1879 par M. Le Royer, au nom du gouvernement. C'est le projet que l'on désigne sous le nom de projet du Gouvernement.

La commission nommée (2) par la Chambre haute pour examiner ce projet ne s'y arrêta point, et pro-

(1) MM. F. Hélie, Bertauld, Picot, Choppin, Goblet, Hérold, Ribot, Thiriot, de la Rouverade, Laferrière, Boucher Cadart, Harel, Bérenger.

(2) MM. Le Royer, Bertauld, Tenaille-Saligny, Demole, Gilbert Boucher, Dauphin.

posa un contre-projet, qui, après quelques légères modifications, fut voté dans son ensemble par le Sénat, en deuxième délibération, le 5 août 1882.

Notre sujet ne comporte pas l'étude complète de ce projet, mais seulement de celles de ses dispositions qui sont relatives à la situation de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire. Nous aurons souvent occasion de comparer les modifications votées par le Sénat à celles que contenait le projet du gouvernement.

SECTION II

ESPRIT DU PROJET

Le problème à résoudre a été nettement défini dans l'exposé des motifs du projet du gouvernement : « La justice sociale au point de vue criminel se décompose en deux éléments distincts, dignes d'une égale sollicitude ; d'une part, l'intérêt de la poursuite qui veut que le crime ne reste pas impuni, et d'autre part, l'intérêt de la défense qui réclame non moins impérieusement que le châtiment ne s'égare pas sur une autre tête que celle du coupable. Nul ne conteste plus aujourd'hui que l'inviolabilité de l'innocence est un intérêt non moins général, de même ordre et d'autant d'importance que la certitude exemplaire de la répression, et que le repos de la société est plus menacé par une condamnation imméritée que par l'impunité d'un criminel ; car il n'importe pas seulement à tel ou tel accusé, il importe à chaque citoyen, exposé le cas échéant à une dénonciation téméraire, que l'erreur puisse être promptement dissipée. Loin donc de considérer l'intérêt de la défense comme un intérêt secondaire d'ordre, privé, en opposition avec celui de la société et plus ou moins

subordonné à ce dernier, on a reconnu que la justice manque à son but si son appareil n'a pas pour effet de rassurer l'innocent autant qu'il fait trembler le coupable. Mais pour tenir la balance rigoureusement égale dans le conflit, pour garantir efficacement le particulier contre une poursuite injuste et oppressive sans désarmer l'action pénale, quel mode d'investigation doit prescrire le législateur et quelles prérogatives doit-il accorder à l'accusateur et à l'accusé ? Avant de demander au juge l'application de la loi, il faut évidemment réunir les preuves de la culpabilité. Dans quelles (1) conditions se fera cette recherche ? »

Deux systèmes d'instruction sont en présence : le système accusatoire et le système inquisitorial.

Le système accusatoire que nous rencontrons à Rome jusqu'au siècle d'Auguste, et en France jusqu'au xii^e siècle, est actuellement celui de l'Angleterre. Son trait caractéristique consiste à laisser le soin de la poursuite des crimes et délits à ceux qui en sont les victimes ou à ceux qui les dénoncent. Il n'y a pas de ministère public pour engager l'action et demander, en dehors de tout intérêt personnel et au nom de la société, le châtiment des coupables. C'est sur la plainte de la partie lésée que l'inculpé est cité ou arrêté par ordre du juge. C'est également à elle qu'il appartient de rassembler les preuves ; le juge n'y prend aucune

(1) *Journ. off.*, 14 janv. 1880 p. 302.

part. Il se borne à assister en arbitre à l'instruction. Tout se passe entre l'accusateur et l'accusé ou plutôt entre leurs avocats, au grand jour de l'audience publique.

Nul ne songe à introduire en France un pareil système dont la conséquence immédiate serait de supprimer l'intervention du ministère public dans les procès criminels. Or l'institution du ministère public est essentiellement, suivant le mot de Dupin, une création de l'esprit français. Elle a donné des résultats excellents, et, loin d'en affaiblir la puissance, il est au contraire question de l'affermir et de la développer ; car une longue expérience a confirmé cette parole de Montesquieu : « Nous avons aujourd'hui une loi admirable, c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, propose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes, de sorte que la fonction de délateur est inconnue parmi nous. »

En effet, pour un avantage présenté par la procédure accusatoire et qui consiste en ce que l'inculpé n'a pas devant lui, dès les premiers pas de l'instruction, d'accusateur public décidé à trouver un coupable, ayant un parti pris d'avance, elle offre beaucoup d'inconvénients. L'action publique aux mains des particuliers : mais c'est chacun d'eux livré aux tentatives de chantage, aux spéculations honteuses de la cupidité ou de la haine ! C'est l'impunité pour tous les crimes ou délits, qui

n'auront pas porté atteinte à des intérêts privés ! C'est le désordre ou l'inaction de la justice.

La procédure accusatoire renverse d'ailleurs complètement les termes du principe sur lequel se fonde le droit de punir. Au lieu de voir dans la poursuite un acte de préservation sociale, vengeur de la morale et des lois outragées, elle en fait l'instrument d'intérêts personnels, le plus souvent pécuniaires. Le ministère public demande l'application d'une peine, au nom de l'ordre troublé, des lois méconnues, et comme moyen de moralisation du coupable ; l'accusateur, au nom du préjudice qui lui a été causé.

Le projet de loi conserve donc, avec raison, le ministère public ; et avec lui, le système inquisitorial, mais gravement modifié par quelques règles empruntées à la méthode accusatoire.

Notre Code de 1808 repose sur deux idées : l'omnipotence du juge d'instruction et l'absence de garanties pour l'inculpé. Il s'agit de diminuer l'une ; de créer ou d'augmenter les autres, tout en laissant au ministère public le dépôt de l'action criminelle ; et au juge d'instruction, le soin de diriger l'information : « Le procédé inauguré est mixte. Il conserve du système inquisitorial le droit pour le juge de rechercher et de recueillir les preuves, d'interroger les témoins et les inculpés, de prendre toutes les mesures utiles à la manifestation de la vérité, mais il emprunte à la méthode accusatoire le droit pour l'inculpé de suivre l'ins-

truction dans toutes ses phases, de prendre une connaissance complète de tous les actes, d'y contredire, de requérir du juge ceux qui peuvent servir à sa défense ; et dans cette alliance des deux théories, il trouvera son caractère propre et son nom : Méthode contradictoire (1). »

L'utilité de ces réformes, réclamées dès 1818 par M. Bérenger ; dès 1821 et 1824 par M. Dupin, n'échappe à personne. Il est incontestable que l'inculpé doit avoir à tous les moments de la procédure les moyens de démontrer son innocence et d'empêcher que l'on exploite contre lui de prétendues charges, dont il ne pourra peut-être plus démontrer la fausseté au jour des débats définitifs. Il est incontestable que cet état douloureux de prévention ne doit pas se prolonger sans motifs, et par conséquent que la loi ne saurait, sans être inique, refuser à l'inculpé les facilités nécessaires pour y mettre un terme en se disculpant, dès le début du procès.

Ce n'est pas seulement l'individu qui est intéressé à ce que sa défense soit assurée pendant l'instruction préparatoire : c'est aussi la société. C'est en effet à l'incertitude regrettable dans laquelle sont bien souvent les jurés de la sincérité des résultats obtenus dans l'information préalable, qu'il faut attribuer la cause de beaucoup d'acquittements.

(1) Rapport de M. Dauphin au nom de la commission du Sénat, *Journ. off.*, av. 1882.

Ce n'est pas leur faiblesse qui les dicte, c'est la mauvaise organisation de la procédure préparatoire qui les excuse. Ils savent qu'elle a été construite en l'absence de l'inculpé, par les soins de l'accusation ; et ils refusent, dans la suspicion de partialité où ils la tiennent, d'y chercher des éléments de conviction et des preuves de culpabilité. Les réformes proposées sont appelées à corriger cet abus, et à rendre surtout plus rares les erreurs judiciaires (1), lamentables événements, qui troublent les consciences, énervent l'action de la justice, et alarment à juste titre l'opinion publique, car « quand la loi condamne un innocent, c'est la société tout entière qui peut avec lui monter sur l'échafaud (2). »

Le Code d'instruction criminelle doit disparaître, parce qu'il n'a pris souci d'aucun de ces intérêts : sur ce point l'accord est fait. Mais des divergences existent, touchant l'étendue des réformes à introduire.

(1) Aff. Gardin, 1861. Consulter également *Rev. crit.* 1878, article de M. Pascaud, sur la défense des inculpés.

(2) J. Favre, disc. du 11 mai 1864.

SECTION III

DES MANDATS

Le projet maintient les quatre mandats actuellement en usage.

« Art. 88 Il y a quatre sortes de mandats : le mandat de comparution ; le mandat d'amener ; le mandat de dépôt ; le mandat d'arrêt. »

Mais il contient une innovation heureuse, qui ôte aux mandats le caractère mystérieux, dont le Code de 1808 n'a préservé expressément que le mandat d'arrêt.

Art. 90 : « Tout mandat contient l'énonciation du fait pour lequel il est décerné et la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit. »

La nécessité des conclusions du procureur de la République est supprimée dans tous les cas, comme ne constituant pour les justiciables, qu'une garantie à la fois inutile et illusoire. Le juge délivre donc le mandat quel qu'il soit, en toute liberté ; c'est l'application dans un cas particulier du droit que lui confère le nouvel article 44 de prendre d'office toute mesure utile à l'instruction.

§ 1. Le mandat de comparution est l'ordre par lequel le juge d'instruction enjoint à celui qui y est désigné, de comparaître devant lui pour s'expliquer sur

les faits qui lui sont imputés (art. 94). Il s'adresse à un inculpé libre, qui comparait librement et volontairement.

§ 2. Le mandat d'amener est celui par lequel le magistrat ou l'officier de police judiciaire compétent enjoint à celui qui y est désigné de suivre immédiatement l'agent porteur du mandat, et autorise à cet effet l'emploi de la force publique (art. 97).

Le mandat d'amener n'est pas nécessairement précédé d'un mandat de comparution, même s'il s'agit d'un prévenu domicilié, comme l'aurait voulu le projet du gouvernement (art. 73). Il est décerné de suite, sans autre avertissement, toutes les fois que le juge estime qu'il y a péril de fuite ou danger pour la découverte de la vérité dans l'emploi du mandat de comparution.

Art. 96. « Le mandat d'amener est encore décerné quand l'inculpé, déjà cité par le mandat de comparution, ne se présente pas, et ne fournit pas de motifs d'excuse suffisants. Toutefois, le juge n'est pas obligé de recourir à ce moyen violent; le projet supprime l'obligation que lui en faisait l'ancien art. 91 § 2; il apprécie les circonstances.

Le mandat de comparution et le mandat d'amener demeurent semblables quant à leurs effets. Ils continuent à aboutir tous deux aux mêmes résultats, après les premières explications devant le juge : la liberté ou l'arrestation. Le prévenu arrêté en vertu du man-

dat d'amener n'est pas en état de détention ; il peut être seulement tenu pendant vingt-quatre heures au plus à la disposition du magistrat (art. 98), dans un lieu spécialement affecté à cette destination ; au bout de ce temps, s'il n'a pas comparu devant le juge, ou bien si le juge, l'ayant entendu, n'a pas ordonné l'écrou, il est mis immédiatement, et de plein droit, en liberté (art. 98 et 101).

§ 3. Le mandat de dépôt est l'ordre en vertu duquel le juge peut, après la première comparution, faire détenir l'inculpé dans une maison d'arrêt pendant quinze jours (art. 108).

A l'expiration de cette période, c'est-à-dire au commencement du seizième jour, la détention prend fin purement et simplement. Mais le juge peut prolonger par une ordonnance l'effet du mandat de dépôt pendant une nouvelle période de quinze jours (art. 109).

§ 4. Le mandat d'arrêt est l'ordre en vertu duquel le juge d'instruction ou une juridiction compétente peut faire saisir l'inculpé par la force publique et le faire conduire dans une maison d'arrêt (art. 111).

Art. 112. « Le mandat d'arrêt ne peut être décerné contre un inculpé libre que :

1° Lorsqu'il est en fuite ou que le mandat d'amener n'a pu être exécuté ;

2° Lorsque le bénéfice de la liberté provisoire lui est retiré ;

3° Lorsqu'il est l'objet d'une ordonnance ou d'un

arrêt de renvoi devant la Cour d'assises ou devant le tribunal de police correctionnelle, dans les cas où la liberté provisoire n'est pas de droit. »

Le mandat d'arrêt peut être délivré contre un inculpé détenu, à l'expiration du mandat de dépôt (art. 111). Il intervient ici comme un second mandat de dépôt ; mais sa durée est plus longue.

Le projet, c'est la grosse innovation de la matière, dispose que la détention produite par le mandat d'arrêt ne peut durer que trente jours (art. 117). Toutefois, à cette date, le juge d'instruction, par une ordonnance, peut la prolonger pour une nouvelle période (art. 118) égale à la première.

Il est un cas où la puissance du mandat d'arrêt s'étend à un laps de temps indéterminé ; c'est quand il a été décerné (art. 116) par ordonnance de clôture ou arrêt de renvoi de la chambre d'accusation ; l'inculpé sera détenu jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur la prévention ou sur l'accusation.

Toutes ces modifications sont fort louables. Elles ne manqueront pas d'avoir en pratique une salubre influence sur la procédure préparatoire. Au régime abusif du mandat de dépôt actuel, se trouve substitué le régime des mandats à échéances fixes, à périodes variables, s'échelonnant chacun à son tour après un examen plus approfondi, et sous la responsabilité unique du juge d'instruction. On a voulu, en multipliant les actes qui constituent l'inculpé en état de

détention, forcer en quelque sorte le magistrat à avancer plus vite dans les opérations qui lui sont confiées, et prémunir les justiciables contre des oublis regrettables, des négligences malheureuses, qui prolongent quelquefois sans raison les détentions préventives au delà de ce qu'exigeraient l'intérêt social et les nécessités de l'information.

D'autre part, la nomenclature et les définitions données par le projet corrigent le désordre qui règne dans la théorie actuelle des mandats et dans leur application sans porter atteinte au principe essentiel à toute bonne loi, à savoir que le droit d'arrestation, qui appartient aux autorités chargées de l'instruction des affaires criminelles, doit pouvoir s'exercer en toute franchise et liberté, sous la seule responsabilité de ceux qui en font usage.

SECTION IV

DE LA DETENTION PRÉVENTIVE ET DE L'INTERDICTION DE COMMUNIQUER

La durée de la détention préventive connue, l'article 120 en règle les conditions : « Les individus arrêtés préventivement doivent, si le lieu de détention le permet, être détenus isolés les uns des autres. »

Les lettres et télégrammes adressés au prévenu ou émanant de lui passent par les mains du juge d'instruction, qui apprécie s'il y a inconvénient à les faire parvenir (art. 121). C'est également lui qui délivre les permissions nécessaires pour visiter le prévenu, et quand il est dessaisi, ce droit passe au procureur de la République.

Le projet maintient la mise au secret comme un moyen légitime et moral d'instruction. Après avoir rappelé dans le rapport (*Journal officiel*, avril 1882) qu'elle ne saurait jamais, sous peine de devenir un abus détestable, être employée pour obtenir un aveu, M. le président Dauphin en précise le rôle dans les termes suivants : « Son but, c'est d'empêcher toute communication du détenu avec l'extérieur ; c'est d'empêcher qu'il ne puisse faire prévenir ses parents, ses amis, peut-être ses complices, de ce qui se passe dans

le cabinet d'instruction, de ce qui lui est révélé dans ce cabinet par les interrogatoires qu'il peut subir; c'est aussi d'empêcher que, par des informations qu'il ferait parvenir à ces mêmes parents, amis ou complices, il n'exerce à l'extérieur, du fond de sa prison, une sorte de pression sur des témoins; ou plus encore, qu'il ne les prévienne de la nécessité de faire disparaître certains indices, et ne rende ainsi la poursuite (1) impossible. »

A cette judicieuse déclaration, on pourrait croire que le projet de loi, tout en conservant l'usage du secret, va prendre des mesures pour qu'il ne puisse pas dégénérer en une véritable torture morale, destinée à provoquer les révélations plus ou moins compromettantes et plus ou moins sincères de celui qui y est soumis. Point du tout.

L'art. 123 dispose : « Lorsque le juge d'instruction croit devoir refuser toute communication, il ne peut le faire que par une ordonnance spéciale et motivée.

« L'interdiction de communiquer ne peut être prescrite par le juge d'instruction que pour une durée qui n'excède pas dix jours : elle peut toujours être renouvelée. L'ordonnance du juge est susceptible de recours devant la chambre du conseil, laquelle statue hors la présence du ministère public, de la partie civile, de l'inculpé et de leurs conseils.

(1) Disc. de M. Dauphin, *Journ. off.* du 28 mai 1882, p. 568.

« L'interdiction de communiquer peut être levée en ce qui concerne le conseil.

« Il est rendu compte au procureur général, par le juge d'instruction, dans les vingt-quatre heures, de toute interdiction de communiquer. »

De ce texte deux règles se dégagent :

1° La durée du secret est illimitée. Il dépend du juge de le prolonger pendant toute l'instruction préparatoire, en rendant de nouvelles ordonnances.

2° L'interdiction de communiquer emporte de plein droit défense pour l'inculpé de recevoir la visite de son conseil.

Ces deux règles sont également mauvaises. La première, reproduction presque littérale du Code actuel, ouvre la porte à tous les abus. C'est à elle que l'on doit les aveux de la femme Gardin, condamnée pour un crime qu'elle n'avait pas commis. C'est à elle que la femme Hanquart est redevable des cent cinquante-huit jours d'isolement absolu et d'angoisses qui troublèrent son esprit et la conduisirent à des tentatives de suicide, alors que son procès devait aboutir à un acquittement (Assises du Nord, 3 mars 1877).

Il n'en faut pas douter : la possibilité de renouveler à des échéances déterminées l'interdiction de communiquer, conduit infailliblement les juges à s'en servir pour faire parler l'inculpé bon gré mal gré. La tentation est irrésistible ; la pratique, invétérée. Elle subsiste en dépit de toutes les circulaires ministérielles.

La loi seule peut y porter remède en tranchant le mal dans sa racine, c'est-à-dire en fixant la période de temps pendant laquelle un inculpé peut être tenu au secret.

Dira-t-on, en effet, que le recours ouvert à l'inculpé devant la chambre du conseil préviendra tous les abus? Loin de nous la pensée d'en méconnaître les avantages; mais loin aussi celle de les exagérer : « Donnez, a dit Jules Favre, des lois criminelles à interpréter; on les interprète toujours dans le sens le plus rigoureux. C'est là la tendance fatale de l'esprit humain, et précisément parce que les magistrats sont dans la nécessité de veiller au salut de la société; parce qu'ils sont en contact avec des crimes qui exigent de leur part le déploiement d'une grande sévérité, c'est de l'intérêt social qu'ils se préoccupent exclusivement. » Ce n'est donc point là une garantie vraiment sérieuse; il en est de même de la surveillance qui appartient au procureur général.

L'inculpé a droit à quelque chose de plus. Pourquoi ne pas écrire dans la loi que l'interdiction de communiquer ne peut être appliquée que pour un certain nombre de jours, au delà desquels elle cesse de plein droit, sans pouvoir renaître? Craint-on que l'inculpé prévoyant le terme fatal où son isolement doit cesser, ne se décide pas à faire des révélations? Si telle est la pensée qui a dicté l'art. 123, c'est que la mise au secret n'est au fond qu'un moyen d'enlever un aveu; et

dès lors, ce ne sont plus des modifications qu'il conviendrait d'y apporter ; il faudrait la supprimer complètement.

La deuxième règle n'est pas moins critiquable : pendant toute la durée du secret, l'inculpé est privé de toute communication avec son conseil.

« Quelque confiance que méritent les avocats et les avoués, ils échapperaient difficilement au péril de devenir des intermédiaires, quelquefois involontaires, entre leurs clients et les familles ou les complices de ces clients » (Rapport de M. Dauphin, *J. offic.*, avril 1882, p. 118).

Cette disposition, à elle seule, suffit à détruire l'économie du projet de loi tout entier. Dans bien des cas (1), les juges d'instruction s'inquiéteront de voir l'inculpé en rapport avec un conseil dès le commencement de la procédure. Pour écarter cet adversaire, dont l'assistance perpétuelle éveille leurs susceptibilités et entrave leur liberté d'action, ils n'hésiteront pas à mettre l'inculpé au secret, ce qui entraîne du même coup la suppression du concours de l'avocat. Ainsi le secret deviendra (2) le régime habituel des instructions ; et le juge, en renouvelant tous les dix jours son ordonnance, jusqu'au terme de l'information, pourra priver l'inculpé du conseil auquel il a régulièrement droit.

(1) Disc. de M. Bérenger, *Journ. off.* du 28 mai 1882, p. 568.

(2) M. Grandperret, *Journ. off.* 7 mai 1882, p. 407.

Que l'esprit (1) de la loi ne soit pas favorable à de telles pratiques, nous n'en doutons pas ; mais, par cela seul qu'elle ne les interdit pas expressément, qu'elle ne les rend pas impossibles, elle les autorise. Et il est incontestable par suite, que l'intervention de l'avocat pendant la procédure préparatoire, c'est-à-dire le principe fondamental de la nouvelle loi, dépendra de la volonté du juge d'instruction et de la chambre du conseil, garantie qui nous semble insuffisante.

Il est temps encore de combler ces lacunes, et nous espérons que la Chambre des Députés n'y faillira point.

Le problème à résoudre est simple : il faut que le secret ne puisse pas aboutir à écarter de l'instruction préparatoire le conseil qui doit y participer.

Dans ce but, le Code allemand permet au conseil de communiquer avec l'inculpé, même pendant la période du secret, mais alors en présence d'un gardien. Nous croyons que cet exemple ne doit pas être suivi. Il y a dans la présence du gardien, outre son peu d'efficacité, quelque chose de blessant pour le barreau qui entretrait difficilement dans les mœurs judiciaires.

Le projet du gouvernement a au contraire toutes nos sympathies. Il limite la durée du secret à dix jours, avec faculté pour la chambre ou conseil de le prescrire pour dix jours encore. Le secret peut donc durer vingt jours au plus (art. 104). Pendant cette période le con-

(1) Disc. de M. Dauphin, *Journ. off.*, du 28 mai 1882, p. 568.

seil ne communique pas avec l'inculpé ; mais comme elle est très courte, eu égard à la lenteur et aux difficultés de l'instruction dans les affaires graves, et qu'à son expiration les rapports entre eux redeviennent libres, l'inculpé est sûr d'être assisté en temps utile par son conseil. Le but de la loi ne peut donc pas être éludé ; en outre cette limitation de la durée du secret est une garantie formelle qu'il ne pourra jamais être employé pour arracher un aveu.

SECTION V

DE LA LIBERTÉ PROVISOIRE

La détention préventive ne peut pas disparaître. Elle est, dans beaucoup d'affaires, indispensable à la recherche de la vérité et à la bonne administration de la justice. Il ne s'agit donc pas de la supprimer, mais simplement d'apporter à son organisation, quelques modifications commandées par l'expérience.

Dans le droit actuel il y a un cas où le prévenu est dans l'impossibilité de réclamer la liberté provisoire, et les juges de la lui accorder. C'est quand il a été renvoyé devant la Cour d'assises par arrêt de la chambre des mises en accusation. L'arrêt de renvoi est nécessairement accompagné d'une ordonnance de prise de corps, qui met de plein droit un terme à la liberté provisoire, si l'accusé en jouit à cette date. Que s'il est détenu, il ne peut plus, à partir de l'arrêt qui saisit la Cour d'assises, solliciter ni obtenir sa mise en liberté provisoire.

Les art. 124, 126 et 203 du projet voté par le Sénat suppriment ce fâcheux état de choses. Désormais la chambre des mises en accusation pourra laisser l'inculpé en liberté, tout en le renvoyant devant la Cour d'assises. Elle pourra même, s'il est en état de déten-

tion, autoriser sur sa demande sa mise en liberté avec ou sans caution, à charge par lui d'élire domicile au siège de la Cour et de venir se constituer la veille du jour fixé pour les débats. La chambre d'accusation reçoit à cet effet une compétence générale qui s'étend à l'intervalle des sessions et lui permettra notamment d'élargir les accusés dignes de cette faveur, dont l'affaire est remise d'une session à l'autre.

Le rapport justifie cette excellente réforme dans les termes suivants : « La loi de 1865 ne veut pas que l'inculpé puisse jouir de la liberté provisoire postérieurement à l'arrêt qui le déclare justiciable de la Cour d'assises. Suivant elle, cette décision élève contre lui un préjugé si grave, qu'il serait téméraire de lui laisser le choix d'attendre son jugement ou de s'y dérober.

« Ces raisons sont graves : elles justifieront dans bien des cas la mise en état d'arrestation de l'inculpé. Mais elles n'offrent pas toujours en fait la valeur absolue que leur attribuait le législateur de 1865. La crainte de perdre un cautionnement considérable, de briser des liens de famille, la perspective d'une condamnation relativement légère, l'espoir d'un acquittement, sont dans bien des cas des garanties que l'accusé reculera devant la fuite et les conséquences infaillibles d'une condamnation par contumace. D'autre part, les rigueurs de la détention préventive imposée à l'inculpé jusqu'au jour souvent éloigné de l'ouver-

ture des assises, peuvent lui causer un dommage irréparable. Lorsque l'affaire est renvoyée d'une session à l'autre, par suite de l'absence d'un témoin ou de l'attitude imprudente d'un juré, l'accusé se voit maintenu pendant trois mois en captivité, alors que l'instruction est complètement terminée, alors que la probabilité d'un acquittement peut rendre à la fois la détention plus cruelle et la fuite (1) plus invraisemblable. »

Là se bornent les innovations du projet. La liberté provisoire demeure un droit (art. 125) pour tous les prévenus de délits correctionnels, qui n'encourent pas une peine égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement. Dans tous les autres cas, l'élargissement peut être ordonné par le juge, il ne lui est pas imposé, non plus qu'en matière de crimes. C'est le maintien pur et simple du système actuellement en vigueur.

Nous regrettons que la commission du Sénat n'ait pas cherché à améliorer cette loi de 1865, dont les statistiques criminelles démontrent éloquemment l'impuissance à combattre le fléau des détentions préventives exagérées et inutiles. M. Humbert, garde des sceaux, frappé de la rareté des mises en liberté provisoire comparées au nombre et à la longueur des détentions préventives, invitait (2) les magistrats à ap-

(1) Rapport sur le projet du gouvernement; *Officiel* du 15 janv. 1880, p. 324.

(2) *Compte général de la just. crim.*, de 1826 à 1880, p. 107.

pliquer soigneusement les lois protectrices de la liberté individuelle, toutes les fois qu'ils pourraient le faire sans compromettre les nécessités de la représentation.

Il y a longtemps que de pareilles recommandations ont été faites pour la première fois : elles n'ont produit aucun résultat. Quel remède en effet, proposent-elles d'appliquer au mal dont elles signalent la gravité ? Le pouvoir discrétionnaire du magistrat, c'est-à-dire la cause même du mal ! M. Marie l'avait dit en 1865, à la tribune (1) du Corps législatif : « Tant que les juges demeureront maîtres d'accorder ou de refuser la liberté provisoire en matière correctionnelle, le chiffre des détenus préventivement restera le même. Les mêmes résistances, vous les rencontrerez ; la même responsabilité qui pesait sur le juge existera encore ; les habitudes qui vous ont été signalées existeront toujours : la cause du mal subsistera, elle vivra, et dans deux ou trois ans vous aurez des statistiques tout aussi violentes que celles sur lesquelles nous nous fondons aujourd'hui. Ou bien au contraire si comme nous le voulons, quand il s'agit d'un délit non vérifié, quand le renvoi n'est pas encore ordonné, quand il n'y a encore que des soupçons, si alors la liberté est de droit, sauf certaines exceptions très res-

(1) *Monit.* du 28 mai 1865, p. 678 et 679.

treintes, alors vous n'aurez plus ces scandales contre lesquels il faut vous armer. »

On a beaucoup parlé de l'opinion publique, dans la discussion qui a eu lieu au Sénat; il est un point sur lequel elle s'était énergiquement prononcée : la suppression de la détention préventive en matière correctionnelle. On n'en a pas tenu compte.

Il serait pourtant facile de concilier les intérêts de la poursuite avec les droits de l'individu. Il suffirait d'établir la liberté pure et simple en faveur des prévenus de délits, qui n'encourent qu'un emprisonnement inférieur à deux ans; et pour tous les autres, domiciliés et non récidivistes s'entend, la liberté de droit, mais subordonnée à la condition d'un cautionnement. C'est le système que les remarquables arrêts des 27 mars et 17 juillet 1841 (Cassat.) avaient tenté d'introduire en France.

SECTION VI

INTERROGATOIRE ET AVEU

Le projet distingue l'interrogatoire qui suit l'arrestation de ceux qui ont lieu au cours de la procédure.

L'inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'amener est conduit dans le plus bref délai devant le magistrat qui a décerné le mandat (art. 98).

Immédiatement après son arrivée et au plus tard dans les vingt-quatre heures, l'inculpé comparait devant le juge d'instruction (art. 99).

Le juge constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés; l'interroge et reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées (art. 100).

Toutes ces règles protègent les justiciables contre les erreurs possibles des poursuites. Elles empêchent que le juge d'instruction profite du trouble mental causé par une arrestation pour provoquer des déclarations compromettantes et mensongères, sur lesquelles il serait peut-être impossible à l'inculpé de revenir dans la suite du procès. La sincérité des déclarations n'existe qu'autant qu'elles ont été faites de sang-froid et en

toute liberté : tel n'est point l'état de l'homme que la police vient de saisir.

Cet interrogatoire préliminaire terminé, le juge avertit l'inculpé qu'il a le droit de choisir un conseil, et à défaut de choix, le juge, s'il le demande, lui en désigne un.

Le véritable interrogatoire, celui qui intervient au cours de l'instruction, est soigneusement organisé.

L'interrogatoire a lieu hors la présence du ministère public, de la partie civile et de son conseil, et du conseil de l'inculpé (art. 138).

Avant de commencer l'interrogatoire, le juge d'instruction constate l'identité de l'accusé et lui fait un résumé de toutes les pièces de la procédure autres que les pièces de forme. — Néanmoins s'il y a eu interdiction de communiquer, le juge d'instruction n'est pas enu de résumer les interrogatoires des coïnculpés (art. 139).

Les questions posées à l'inculpé ne doivent être ni obscures, ni captieuses. Elles doivent suivre autant que possible l'ordre des dates et des faits. Si l'inculpé invoque des faits ou des preuves à sa décharge, ces allégations doivent être vérifiées dans le plus bref délai à moins qu'elles n'aient manifestement pour but de retarder l'instruction de l'affaire (art. 141).

L'aveu de l'inculpé demeure le but de l'interrogatoire, mais il ne dispense pas le juge de rechercher d'autres éléments de preuve (art. 142).

Les objets qui servent de pièces à conviction doivent être présentés à l'inculpé pour qu'il les reconnaisse (art. 143).

Réserve faite du rôle que l'art. 138 fait jouer au conseil, nous ne pouvons qu'approuver ces dispositions : « Le but de l'interrogatoire étant non pas de forcer l'accusé à se charger lui-même, mais de faire connaître les moyens qu'il invoque pour se disculper, il importe de lui indiquer toutes les charges qui pèsent sur lui afin de le mettre en mesure de les détruire ou de les confirmer en tout ou en partie.

« Sans doute le juge obtiendra ainsi moins souvent l'aveu de l'inculpé, surtout cet aveu précipité survenant au début de l'information, avant que les charges se soient produites et dans des conditions telles qu'un doute involontaire plane forcément sur les moyens par lesquels il a été provoqué. Mais l'importance considérable donnée à cet incident de la procédure n'est-elle pas, dans une certaine mesure, un vestige des préjugés de l'ancien régime inquisitorial? L'aveu doit-il être regardé comme indispensable pour rassurer la conscience du juge qui prononce une condamnation? Doit-il y suffire? Et si pour en peser la valeur, on songe aux procédés par lesquels il est souvent arraché, l'ensemble des présomptions réunies par l'instruction n'est-il pas la plupart du temps beaucoup plus décisif et plus probant? Dans la pensée des auteurs du projet, c'est l'évidence des preuves groupées contre l'inculpé,

soumises à sa discussion, et restant debout après cette discussion, qui doit entraîner la conviction des magistrats. Peu importe que l'inculpé se soit incliné devant cette évidence ou qu'il essaye d'y résister. Si d'ailleurs elle est manifeste, il ne pourra s'empêcher de la reconnaître, et sa libre confession sera sa propre sentence prononcée par lui-même ; ou au contraire il continuera de nier ; mais que pourront faire ses dénégations contre des preuves qu'il n'aura pas ébranlées ? Si à l'inverse la culpabilité n'est pas clairement établie par l'information, les rétractations suivront de près un aveu imprudent et la perplexité du juge n'en sera nullement diminuée. En résumé la procédure nouvelle aura pour effet de rendre les aveux plus rares mais infiniment plus concluants. »

SECTION VII

DE LA PUBLICITÉ DANS L'INSTRUCTION

La publicité de l'instruction préparatoire que le Code de 1808 écarte à toute espèce de point de vue, peut exister tant à l'égard de l'inculpé, qu'à l'égard de l'auditoire.

§ 1. *Publicité à l'égard de l'inculpé.*

Aujourd'hui, l'inculpé ne sait ni pour quel motif il est arrêté; ni quelle est l'inculpation à l'occasion de laquelle il est détenu. Le juge d'instruction peut ne pas lui révéler quelles sont les charges qui pèsent sur lui; la communication des pièces ne lui est pas due; l'affaire s'instruit secrètement au regard de l'inculpé.

Le projet établit des principes tout nouveaux. La publicité de la procédure est acquise à l'accusé par un certain nombre de faits.

1° Le mandat d'arrestation, quel qu'il soit, doit contenir l'énonciation du fait pour lequel il est décerné et la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit.

On a critiqué cette innovation en disant qu'elle permettrait à l'inculpé d'arriver tout préparé à l'interrogatoire qu'il va subir, armé de réponses méditées à l'avance, prêt en un mot à déjouer toute la pénétration du juge d'instruction.

Cette argumentation ne nous touche pas. La liberté individuelle est un droit sacré : quand on en dépouille un citoyen, il est tout au moins juste de lui dire pourquoi on l'arrête. C'est par là seulement qu'on le met à même de réclamer contre son arrestation, et, notamment, de soulever de suite la question de compétence ; c'est par là seulement que les mandats judiciaires se distinguent des lettres de cachet.

2° Le juge d'instruction doit, au commencement de chaque interrogatoire, faire un résumé exact et clair des pièces de la procédure.

L'inculpé se trouve donc informé des progrès de l'instruction et mis à même de présenter ses moyens de défense.

3° Communication des pièces peut être faite au conseil de l'inculpé, toutes les fois que le juge estime que cette communication est compatible avec les nécessités de l'instruction (art. 151).

Quand l'inculpé est au secret, la communication de la procédure doit être donnée au conseil, le lendemain du jour où le secret est levé (art. 151).

Ces dispositions combinées avec les précédentes assurent à l'inculpé la connaissance exacte de la marche

de l'instruction. S'il a un avocat, les révélations se font à la fois à l'inculpé dans l'interrogatoire, sous forme de résumé oral par le juge; et à l'avocat, sous forme de communication de pièces. Le but de la loi est ainsi mieux atteint. Notons d'ailleurs qu'il n'est pas indifférent d'y pourvoir doublement. Il se peut, en effet, que l'inculpé n'ait pas d'avocat. Le cas se présentera certainement dans bien des affaires correctionnelles, où le prévenu ne demandera pas de conseil; partant où il ne lui en sera pas désigné.

Dans cette hypothèse le résumé des pièces dans l'interrogatoire est la seule façon dont l'inculpé soit mis au courant des progrès de l'accusation, la loi ne prescrivant pas qu'une communication directe lui soit faite de ces pièces en l'absence du conseil.

4° Dans tous les cas, avant la clôture de l'instruction, l'inculpé, s'il le requiert, doit être confronté avec ses coïnculpés (art. 147).

C'est le meilleur moyen de constater que chacun des coïnculpés persiste dans les déclarations qu'il a faites précédemment, et de contrôler les résultats obtenus. Qui sait si les charges réunies contre l'un des inculpés consistant principalement en révélations faites par un des autres, ne sont pas d'apparence trompeuse? Si celui qui a ainsi parlé, se voyant perdu sans réserve, n'a pas cédé à un sentiment de haine dans l'espérance d'entraîner celui qu'il accuse dans une condamnation

commune? Les confrontations sont la pierre de touche de la sincérité de ces révélations.

En outre le projet de loi donne à l'inculpé le droit de requérir qu'il soit procédé à une confrontation entre lui et les témoins entendus par le juge d'instruction.

Le juge peut, suivant les cas, ordonner ou refuser cette confrontation.

L'ordonnance portant refus de confrontation est motivée : elle est susceptible de recours devant la chambre du conseil (art. 145).

Si la confrontation requise a été refusée, il n'est fait à peine de nullité, aucun usage de la déposition reçue, à moins que l'inculpé ne le requière par une disposition expresse (art. 146).

§ 2. *Publicité vis-à-vis de l'auditoire.*

Le projet du gouvernement et celui du Sénat sont d'accord pour écarter le principe de la publicité.

« En France, dit (1) le premier, ce n'est pas sans peine que l'on obtient des témoins à l'audience la reproduction de leurs dépositions écrites.

« Croit-on que les habitants de nos campagnes, si craintifs quand il s'agit d'accuser un voisin dont ils redoutent la rancune, oseraient parler en toute sincé-

(1) Rapport de M. Le Royer, *Off.*, 14 janv. 1880, p. 302.

rité devant l'inculpé, devant ses parents et ses amis, quand ils seraient en outre exposés à la critique plus ou moins malveillante de l'avocat. »

Et le rapport de la commission du Sénat reprend :
« L'état de nos mœurs politiques et privées, la répugnance native du Français à prêter aide à la justice et la crainte des vengeances la rendraient pleine de périls pour l'œuvre de la répression. Plus d'une fois même, les témoins auraient subi le joug de la menace ou de la corruption ; et les preuves et le corps du délit auraient disparu avant que les révélations de l'instruction, recueillies par les complices et les parents, eussent pu être vérifiées (1). »

Malgré ces puissantes autorités et la gravité de l'argumentation, nous croyons que l'instruction préparatoire peut, sans inconvénients pour la justice, s'accommoder du régime de la publicité, sauf au juge à prescrire qu'elle aura lieu secrètement dans certains cas particuliers et exceptionnels. Ce serait l'extension à la première phase de la procédure des règles qui sont aujourd'hui réservées à la seconde.

L'Assemblée constituante, par le décret des 8 et 9 octobre 1789, avait adopté le régime de la publicité d'un bout à l'autre de la procédure. L'œuvre nouvelle,

(1) Rapp. de M. Dauphin, *Journ. off.* avril 1882, p. 113, Doc. parl. En ce sens, disc. de M. l'avocat général Berr, Riom, 4 nov. 1819, p. 34. M. Massé, à Orléans, 4 nov. 1880, p. 16; M. Caron, 3 nov. 1880, p. 40.

au moins dans les lignes générales, subsista jusqu'en 1808, époque où elle succomba, mais non sans résistance.

Elle trouva en effet d'ardents défenseurs au sein du Conseil d'État ; et il faut croire que, malgré les difficultés d'application qu'elle dût rencontrer dans l'agitation de la période révolutionnaire, les résultats qu'elle donna ne furent point si mauvais, puisque Bigot-Préameneu constatait que : « seule des nouvelles institutions, la publicité de l'information avait obtenu l'assentiment général (1). »

En Angleterre, où elle existe de la façon la plus complète, pas une voix ne s'élève pour combattre la publicité.

Pourquoi ne pas l'introduire en France ?

Est-il vrai que les témoins intimidés par la présence de l'inculpé, de l'avocat et de l'auditoire, se renfermeraient dans un coupable silence ? Mais quand ils viennent déposer à l'audience correctionnelle ou devant la Cour d'assises, est-ce qu'ils ne savent pas que chacune de leurs paroles va être commentée par le défenseur et par le ministère public ? Est-ce qu'ils ne sont pas interrogés, pressés de questions souvent captieuses, par l'un et par l'autre ?

(1) Locré, t. XXIV, p. 40. En ce sens, Siméon, t. XXIV, Locré, p. 21. Tribun Ganih, séance du 2 pluviôse an IX, arch. parl. p. 137. Cour de Pau, *Obs. des Cours d'appel*, Paris XIII, p. 107.

Qu'on y prenne garde ! c'est à toute publicité que l'argument s'attaque : quand le témoin se fait entendre devant le tribunal de répression, il n'est pas plus à l'abri des ressentiments, des vengeances de l'inculpé, que quand il s'adresse au seul juge instructeur, car rien ne permet de croire à une condamnation, tant que la sentence n'est pas rendue. Il est vrai que bien souvent les déclarations du témoin à l'audience ne sont pas pleinement d'accord avec celles qu'il a faites précédemment ; on objecte que c'est la solennité des débats, leur publicité qui l'empêchent de dire tout ce qu'il sait ! Nous croyons plus volontiers que c'est l'instruction secrète qui lui a fait dire ce qu'il ne savait pas.

Il se peut que la population en France n'ait pas, au même degré que certains peuples étrangers, les qualités (1) morales, respect (2) de la loi, amour (3) de la vérité qui font que dans ces pays les citoyens prêtent volontiers main-forte à l'action de la justice. Mais ne

(1) Mittermaier, *Proc. crim. en Anglet.*, p. 52.

(2) De 1826 à 1880 le nombre des délits de rébellion a triplé ; celui des outrages envers les fonctionnaires a quintuplé.

(3) Le concours donné par les particuliers, en Angleterre et en Belgique, aux investigations judiciaires ne part pas toujours d'un sentiment profond du devoir. Il est quelquefois intéressé : c'est ainsi que des primes considérables ont été offertes à ceux qui feraient prendre les assassins de Lord Cavendish et de M. Burke tués le 6 mai 1882. Il en a été aussi fait usage dans l'affaire Peltzer (Ass. Bruxelles, 27 déc. 1882).

faut-il pas en accuser au moins en partie notre pratique criminelle et notamment le secret de la procédure ? « Tout ce qui est secret est suspect, dit M. Jules Simon ; la publicité est la condition d'une justice exacte et de l'application régulière de la loi. Ouvrez les portes pour que mes juges répondent devant leur juge, qui est l'opinion. Ouvrez les portes pour que les institutions mêmes de la liberté ne soient pas employées à la tyrannie (1). »

En vain, pour maintenir le secret, on objecte que l'inculpé a intérêt à laisser couvrir d'une ombre mystérieuse les incidents d'une procédure abandonnée et que des présomptions insuffisantes pour la justice seront souvent considérées comme des preuves par la foule (2).

C'est une erreur : d'où vient la haute moralité des acquittements prononcés par les juridictions de jugement, si ce n'est de la publicité des débats ? Le mystère suffit à déshonorer ; et Prévost-Paradol répond victorieusement :

« Un citoyen renvoyé de l'accusation par une ordonnance de non-lieu, est absous aux yeux de la loi, mais il n'est nullement réhabilité aux yeux du public. Nul n'ignore l'accusation flétrissante qui l'a mis en danger, tandis que les causes qui l'ont rendu libre après l'instruction secrète sont couvertes d'un mystère qui auto-

(1) J. Simon, *Lib. polit.*, p. 217 et 195.

(2) Disc. de M. le proc. gén. Dauphin, Paris, 3 nov. 1880.

rise toutes les conjectures. Est-ce son innocence évidente qui l'a sauvé, ou la difficulté d'établir matériellement certain fait probable? »

Le secret de la procédure n'existe donc que contre l'inculpé et à son plus grand détriment. Présente-t-il au moins quelques avantages pour la société? Nullement : c'est lui qui est la cause unique des perpétuelles contradictions qui existent entre les premières déclarations des témoins et celles qu'ils font à l'audience ; c'est lui qui est la cause unique de l'impossibilité dans laquelle est la justice de punir le faux témoignage, incertaine qu'elle est sur le point de savoir si les dépositions recueillies dans l'instruction ont été spontanées et libres de toute pression ; dépourvue aussi de toute solidité dans les moyens de contrôle.

La publicité, au contraire, protège l'inculpé contre toute injuste oppression : elle le place sous l'égide du public qui le défend contre toute illégalité, tout abus ou excès de pouvoir dans le cours d'une procédure où il est exposé à subir des mesures telles que l'arrestation, la visite domiciliaire et autres qui portent la plus grave atteinte à sa liberté. Elle est en outre le puissant auxiliaire de la justice et contribue efficacement à faire découvrir de nouvelles preuves importantes. C'est ce qui se passe en Angleterre (1) et en Belgique (2).

(1) *Times*, 14 sept. 1850.

(2) Aff. Peltzer, ass. de Bruxelles (arrêt du 27 déc. 1882).

Nous souhaitons vivement que la nouvelle loi proclame enfin le principe de la publicité. C'est par (1) une véritable inconséquence qu'une législation peut reconnaître la légitimité de la publicité au débat définitif sans la reconnaître en même temps pour l'information préparatoire. Le projet du Sénat, d'accord avec le Code de 1808 pour l'écarter, ne fait que consacrer un régime bâtard, qui n'est ni celui de la publicité, ni celui du secret : « Car la loi de la discrétion n'est pas commandée aux témoins. Et le témoin qui sort du cabinet du juge d'instruction, cause avec tout son entourage, et il accable ainsi par une action d'autant plus énergique qu'elle est plus souterraine, il accable le prévenu dans son cachot, loin de sa famille, de ses amis, des embrassements de ceux qu'il aime, de ces consolations qu'on ne refuse pas même aux plus grands misérables, et cela quand on décide de sa vie, sans qu'il puisse résister aux coups qui lui sont portés dans l'ombre (2). »

(1) Mittermaier, *Proc. crim.*, p. 249.

(2) J. Favre, discours 11 mai 1864.

SECTION VIII

DU CONSEIL DE L'INCUPLÉ

Le projet dispose : Art. 148 : « Toute personne qui est l'objet d'une instruction a le droit de se faire assister d'un avocat inscrit au tableau ou admis au stage, ou d'un avoué. »

Art. 149 : « Si l'inculpé est détenu, il peut, aussitôt après le premier interrogatoire, communiquer librement avec son conseil, à moins qu'il n'y ait interdiction de communiquer dans les termes de l'art. 123. »

Nos observations porteront sur trois points : légitimité de l'intervention du conseil dans l'instruction préparatoire, date à laquelle ses rapports avec l'inculpé doivent être autorisés, rôle qu'il convient de lui attribuer.

§ 1. *Légitimité de l'intervention du conseil.*

« Le principe nouveau introduit par le projet dans notre législation, c'est que dès le début et pendant tout le cours de la procédure préliminaire, l'inculpé doit être mis en état de préparer les éléments de sa défense.

C'est à la publicité très grande donnée par le parquet à l'information préalable, que l'on dût la découverte des assassins.

Mais il va de soi qu'une pareille faculté serait complètement illusoire si l'inculpé, souvent illettré et ignorant, était abandonné à lui-même. Il devient donc nécessaire de placer à ses côtés dès les premiers pas de l'information, le secours d'un défenseur qui n'est admis dans le système actuel qu'à la veille des débats publics (1). »

Les services que l'avocat est appelé à rendre à l'inculpé, et, d'une façon plus générale, à la justice, sont évidents et incontestables. Quel est en effet le principe de la loi nouvelle? C'est que l'instruction (art. 50) soit faite aussi bien à décharge qu'à charge; que le juge s'occupe sans doute de rassembler les preuves de la culpabilité, et toutes les armes qui peuvent être utiles à l'accusation, au jour des débats; mais qu'il s'inquiète non moins soigneusement de rechercher et de recueillir les preuves suffisantes pour établir l'innocence de l'inculpé. Quelle garantie autre que l'avocat, par sa présence et son concours assidu, peut-on donner que l'instruction sera faite dans ce double sens? A côté du juge tout-puissant et dont le pouvoir illimité doit démasquer et atteindre tous les coupables, n'est-il pas juste que la loi place l'avocat comme un contrôle indispensable, comme un contre-poids nécessaire pour que jamais le magistrat instructeur ne compromette les innocents?

(1) Rapport de M. Le Royer, *Off.*, 14 janv. 1880, p. 303, doc. parl.

Toutefois ce n'est pas sans discussion que le Sénat a autorisé l'intervention du conseil dans la procédure préparatoire. D'habiles protestations se sont élevées contre cette innovation : on peut réduire à deux idées principales, les objections qui ont été formulées contre elle.

L'innovation, a-t-on dit tout d'abord, est dangereuse (1), car elle aboutira souvent au renvoi de l'inculpé par impossibilité de prouver l'accusation dont il est l'objet. Que l'avocat le veuille ou non ; qu'il prête librement ou par erreur la main aux manœuvres que l'inculpé met en jeu pour se soustraire aux conséquences pénales de sa faute, il produira toujours plus adroitement que celui-ci les moyens de défense ; et le juge d'instruction, qui n'a pas déjà trop de toute sa sagacité pour déjouer les ruses de certains individus ignorants mais retors, se trouvera encore plus embarrassé devant un conseil. C'est l'instruction paralysée, c'est la défense sociale désorganisée !

M. Bérenger a fait à cette argumentation une réponse topique. Il n'y a point de coupable dans l'instruction préparatoire. Il y a uniquement un homme que l'on accuse, et qui a incontestablement le droit de se défendre. Cet homme est-il un innocent, ou un coupable ? nous n'en savons rien. Mais il est possible qu'il soit victime de circonstances matérielles, qu'il ne peut

(1) M. Grandperret, *Journ. off.* du 21 mai 1882, p. 504 ;
M. Jouin, *Journ. off.* du 28 mai 1882, p. 517.

expliquer ; de témoignages erronés, qu'il est incapable de combattre, à cause de son manque d'intelligence et d'instruction. Le conseil lui en tiendra lieu : « Les dispositions protectrices d'un Code ne sont pas faites en vue des coupables ; elles sont faites dans l'hypothèse contraire : celle où un homme peut être injustement accusé. Leur but est de protéger l'innocence contre les erreurs possibles des (1) poursuites. » — Et M. Dupin signalait en 1824 avec une amère ironie, les vices du régime actuel, qui refuse un conseil à l'inculpé : « Bonne chose, disent quelques-uns, car l'avocat lui donnerait les moyens de se justifier. Si on leur permet de présenter des défenses *ab ovo*, ils étourdiront le juge de la prétendue innocence de leurs clients et à les entendre, il n'y en aura pas un qui puisse être mis en accusation. Cela ressemble au mot du capitaine suisse qui, enterrant morts et blessés disait : « Bah ! si on voulait les croire, il n'y en aurait pas un de mort ! »

« L'humanité commande plus de ménagements à ceux qui enterrent et à ceux qui accusent (2). »

Remarquons d'ailleurs que s'il y a quelque danger à permettre à l'inculpé de communiquer avec un conseil l'argument va trop loin, car il aboutit à cette conséquence que, même devant la juridiction de jugement,

(1) Disc. de M. Béranger, *Journ. off.*, 28 mai 1882, p. 564.

(2) Dupin, *Libre défense des accusés*.

il faudrait refuser un avocat à l'accusé. Est-ce que le danger n'est pas le même que devant le juge d'instruction? Est-ce que le système de l'accusé qu'on interroge, ne peut pas lui être soufflé et avoir été préparé fort habilement à l'avance par l'avocat? Est-ce que toutes ces machinations, jointes à la facile complaisance de témoins stylés, et aux artifices de la parole, ne suffisent pas à compromettre les intérêts de la justice, par la perplexité singulière dans laquelle se trouve plongé le jury? Et cependant personne ne songe à supprimer ici le conseil. Etablissons-le donc sans crainte en face du juge d'instruction, car rien de tout cela n'est à redouter dans la première phase de la procédure.

On objecte, il est vrai, que l'assistance d'un conseil n'est qu'une surveillance blessante à l'encontre du juge d'instruction, que c'est suspecter sa loyauté, contester sa sollicitude pour la vérité, lui dénier (1), en un mot, la plus élémentaire probité. Le projet de loi n'est pas un projet en faveur des prévenus, c'est un projet de loi contre les juges d'instruction (2).

Les juges d'instruction, nous le reconnaissons, ont toutes les vertus professionnelles. Mais il en est une à coup sûr, qu'ils ne possèdent pas : l'infailibilité. Les erreurs judiciaires ne sont pas nées dans l'esprit malade de quelque rêveur solitaire. Elles sont effectives, et, malheureusement, trop fréquentes ; car, à côté de

(1) M. Grandperret, *Journ. off.*, 21 mai 1882, p. 503.

(2) M. Jouin, *Journ. off.*, 23 mai 1882, p. 518.

quelques-unes qui émeuvent profondément l'opinion publique, il y a toutes celles qui lui sont inconnues : prolongations inutiles des procédures d'instruction ; séquestrations sous des prétextes légers d'individus reconnus plus tard innocents et dont la poursuite est abandonnée. Eh bien ! c'est contre de pareils actes, qui ne sont pas à proprement parler des abus de pouvoir ou des mesures illégales, mais des entraînements et des excès de zèle, que l'assistance de l'avocat sera particulièrement utile. Sa mission (1) n'est point de surveiller le juge, mais de l'assister, de le protéger contre ses propres entraînements. Loin d'être une gêne et une offense, le concours du conseil dégagera d'autant plus la responsabilité du magistrat dans l'exercice de ses délicates et redoutables fonctions, qu'il aura été plus assidu aux différentes phases de l'information.

§ 2. *A quel moment le conseil doit-il intervenir ?*

« C'est sans nul doute dès le début, aussitôt que la communication peut s'établir sans danger pour la découverte de la vérité, qu'il faut accorder à l'inculpé l'assistance de son défenseur. La première condition d'une bonne justice, c'est que l'inculpé connaisse ses droits, et pour cela il faut qu'on les lui dise, car l'axiome que nul n'est censé ignorer la loi, présomption néces-

(1) Disc. de M. Xavier Blanc., *Off.*, 23 mai, p. 519.

saire en matière civile, ne serait ici qu'une fiction dangereuse. Or il ne faut pas compter, pour éclairer l'inculpé, ni sur le juge, ni sur le ministère public, puisque c'est contre leurs erreurs qu'il s'agit de le prémunir.

« Les questions les plus graves et les plus délicates se presseront souvent dès le début. Il s'agira d'obtenir la levée du mandat ou la mise en liberté provisoire, de faire recueillir des témoignages ou établir des constatations urgentes, ou bien ce seront des exceptions préjudicielles de nature à arrêter la poursuite, comme la prescription, l'amnistie, le défaut de plainte de la partie lésée dans le cas où elle est indispensable, le silence de la juridiction civile dans une question d'état, ou bien encore des questions de compétence. Est-ce protéger suffisamment l'inculpé que de lui offrir en pareil cas les conseils d'un avocat, après que, pendant plusieurs semaines, l'instruction (1) aura fait fausse route? »

Les communications personnelles de l'inculpé avec son défenseur sont libres (art. 149) après le premier interrogatoire, qui suit dans les vingt-quatre heures l'arrestation.

Le Sénat a repoussé avec raison un amendement (2) aux termes duquel cette communication se trouvait rejetée dans les derniers moments de la procédure,

(1) Rapp. Le Royer, *Journ. off.*, 15 janv. 1880, p. 325.

(2) M. Grandperret. *Off.*, 21 mai p. 502.

trois jours au moins avant l'ordonnance de clôture. C'était aller contre le principe fondamental de la loi : du moment en effet que l'on donne à l'inculpé le droit de se choisir un avocat, il est nécessaire d'attribuer à cette règle un sens pratique, et de donner à l'avocat un rôle effectif dans les actes de la procédure, C'est lui qui doit empêcher la prévention de se former à tort, toutes les fois qu'elle est en face d'un innocent : comment y parviendrait-il, s'il n'apparaît que quand tout est fini?

« Tout aura été fait, dit M. X. Blanc, les témoins auront été entendus, on aura procédé à plusieurs interrogatoires; on aura confronté l'inculpé avec les témoins; on aura procédé à des perquisitions, à des expertises sans aucune espèce de contradiction; puis, quand le siège sera fait, quand les convictions seront bien établies, alors on dira à l'inculpé : l'heure de la défense a sonné pour vous; faites appeler un conseil si bon vous semble! » Evidemment, une telle disposition n'eut servi qu'à éluder le but même de la loi,

§ 3. *Rôle et attributions du conseil.*

Le conseil doit assister le prévenu au cours de l'instruction préparatoire; l'éclairer sur ses droits; lui suggérer les diverses mesures qui sont de nature à démontrer son innocence; organiser enfin la défense qui

lui a été confiée, de telle façon qu'il n'y ait place ni pour un abus de pouvoir, ni pour une erreur judiciaire.

Le conseil a pour mission de contrôler les actes de l'instruction. C'est lui que la loi convie tout naturellement à accompagner les magistrats dans les transports sur les lieux (art. 53), à représenter l'inculpé qui ne peut ou ne veut y assister, dans les perquisitions (art. 53).

C'est le conseil enfin qui répond aux observations du procureur général, devant la chambre des mises en accusation (art. 192).

Ce rôle important du conseil suppose nécessairement que la loi va lui donner les moyens de le remplir en connaissance de cause, en le faisant participer intimement aux différentes phases de l'instruction.

Il n'en est rien cependant. Ses rapports personnels avec l'inculpé peuvent être paralysés par une interdiction de communiquer; et comme la durée du secret n'est pas limitée, qu'elle est susceptible de s'étendre à toute l'instruction préparatoire, il s'ensuit que l'inculpé peut se trouver complètement séparé de son avocat du commencement à la fin de cette procédure.

Quant aux communications de pièces, elles sont réglées par l'art. 151 : « Le conseil de l'inculpé peut en prendre connaissance, si le juge d'instruction estime que cette communication est compatible avec les nécessités de l'instruction. Hors le cas où il y a interdiction de communiquer entre l'inculpé et son conser-

dans les termes de l'art. 123, la procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir. Quand il y a eu interdiction de communiquer entre l'inculpé et son conseil, la communication doit être donnée au conseil le lendemain du jour où la défense est levée. En tous cas, il doit lui être immédiatement donné connaissance de toute ordonnance du juge, par l'intermédiaire du greffier. »

L'utilité de la communication des pièces de la procédure au conseil n'est pas difficile à démontrer ; c'est par la connaissance des procès-verbaux, des rapports des commissaires de police, des dépositions des témoins que le conseil est averti qu'il importe de requérir telle constatation, telle expertise, telle audition des témoins, telle confrontation nécessaire à la justification de l'inculpé. L'accusation s'en sert pour y trouver des preuves de culpabilité ; il est juste, par compensation, que la défense puisse y chercher les révélations qui lui sont favorables.

Toutefois, le projet ne commande pas au juge de communiquer la procédure au conseil. Il ne lui en impose le devoir qu'à la veille des interrogatoires.

Cette obligation, qui a soulevé à la tribune du Sénat de si éloquents protestations, n'est pourtant pas bien dangereuse. Elle n'existe que sur le papier.

En effet, comment les choses se passeront-elles en pratique ? Le juge aura-t-il besoin, pour refuser la

communication des pièces, de prononcer une mise au secret qui deviendrait ainsi le régime ordinaire des détentions préventives ? Point. Il lui suffira de ne pas interroger l'inculpé, et rien ne l'y force.

A partir du premier interrogatoire, qui sera toujours et nécessairement sommaire et incomplet, le juge est le maître d'interroger ou non l'inculpé. La loi lui fait une obligation de communiquer les pièces à la veille des interrogatoires ? Le juge la supprime en n'en faisant aucun. Et si l'avocat, à titre gracieux, demande à compulser le dossier, le juge abritera son refus derrière les nécessités de l'instruction, dont il est appréciateur souverain.

Cette tactique est-elle invraisemblable ? En voici une autre plus commode : la suppression de l'interrogatoire dans le cours de l'instruction est une mesure si grave que le juge ne se résoudra pas facilement à l'employer. Mais ce qu'il peut très bien, c'est rejeter à la fin de l'instruction, à la veille même de sa clôture, l'interrogatoire solennel et décisif, que l'esprit, sinon le texte de la loi, lui impose. Et comme cet interrogatoire est la seule façon, par le résumé oral des pièces (art. 139), et leur communication préalable, dont la loi instruit l'inculpé et son conseil des progrès de l'instruction, c'est à la bonne volonté du juge qu'elle commit en réalité le soin de les éclairer.

Que deviennent donc ces généreuses dispositions du projet qui ont pour but d'associer continuellement l'in-

culpé à la marche successive de l'information, et de rendre efficace le concours de l'avocat ?

Elles s'évanouissent devant la résistance du magistrat. Ce sont donc des garanties illusoires ; car l'impartialité des juges d'instruction nous paraît une garantie insuffisante donnée aux justiciables contre tout escamotage de la loi !

En ce qui concerne l'interrogatoire et l'audition des témoins, la loi est aussi sévère que le Code de 1808 : elle défend absolument à l'avocat d'assister à aucun de ces actes.

Art. 138 : « L'interrogatoire a lieu hors la présence du ministère public et du conseil. »

Art. 79 : « Les témoins sont entendus par le juge d'instruction hors la présence de l'inculpé, de la partie publique et du conseil. »

Le projet du gouvernement était plus libéral et plus logique. Après avoir posé en principe l'intervention de l'avocat, il ne l'écartait pas systématiquement de tous les actes qui sont de nature à l'éclairer sur la direction de la procédure, la gravité des charges, la consistance des preuves : « Où l'avocat peut-il puiser les éléments de la défense ? Ce n'est certainement pas dans l'entretien d'un client souvent inintelligent et illettré, c'est au cours même de la procédure qu'il pourra s'en rendre compte par les dépositions des témoins, par la connaissance des questions posées à l'inculpé, de ses réponses, des incidents survenus lors

des (1) confrontations. » — « Le véritable moyen d'enquête, c'est la confrontation avec l'inculpé, non pas avec l'inculpé muet, éperdu, incapable de se défendre et se répandant en vaines dénégations ou en récriminations oiseuses, mais avec le contradicteur de sang-froid, avec le défenseur expérimenté placé à côté du prévenu. » — Même nécessité pour l'interrogatoire : « il ne doit pas être converti par un abus regrettable en un moyen d'incrimination au bénéfice exclusif de la poursuite. C'est pour parer à ce danger que la nouvelle loi indique l'ordre et la nature des questions qui doivent être posées. La présence du conseil est la seule garantie possible que les exigences de la loi seront observées par le juge. »

Et le projet, par une juste conséquence de ses principes, permettait à l'avocat de pénétrer dans le cabinet du juge, toutes les fois que l'inculpé y serait appelé.

Pourquoi le Sénat n'a-t-il point adopté cette innovation ?

Pour deux raisons également insuffisantes : les témoins hésiteraient à encourir devant les conseils, par les premières révélations, la responsabilité des poursuites ; et l'interrogatoire, en présence du conseil, préparé de concert avec lui par l'inculpé, ne serait plus qu'une formalité illusoire, tissu de mensonges et de fraude.

(1) Rapp. de M. Le Royer, *Journ. off.*, 15 janv. 1880, p. 325.

Certes, nous ne voulons pas plus que le Sénat qu'on introduise en France les usages de l'instruction préparatoire anglaise. Là bas la direction de la procédure n'est pas donnée au magistrat, mais bien aux avocats. C'est à eux qu'il appartient d'interroger les témoins, de provoquer leurs dépositions, et il paraît qu'ils sont passés maîtres, au plus grand détriment de la justice, dans l'art de poser des questions captieuses et embarrassantes, de compliquer les instructions les plus claires, et ainsi de soustraire à la poursuite bon nombre de coupables.

Donc nous sommes d'accord avec le Sénat, quand il s'agit d'enlever à l'avocat une participation active et orale à l'interrogatoire et aux dépositions de témoins. Oui, il y aurait dans cette réforme, une transformation trop brutale du caractère de l'instruction, qui aurait certainement pour conséquence de placer l'avocat en face du ministère public, et entre eux le juge, comme un arbitre effacé, comme (1) un greffier! Oui, la recherche froide et impartiale de la vérité ferait place à un véritable combat où l'on verrait bientôt les amours-propres s'entrechoquer, les ardeurs s'allumer, au préjudice de l'inculpé lui-même ; et le juge, dont l'esprit a besoin d'une sorte d'isolement, y serait détourné de son œuvre par des diversions intéressées et des discussions dissolvantes.

(1) M. Oscar de Vallée, *Journ. off.*, 7^½ mai 1882, p. 406.

Oui tout cela est vrai, et il ne faut pas que le conseil puisse interroger les témoins ou l'inculpé, par l'intermédiaire du juge d'instruction. Mais autre chose est de donner à l'avocat une certaine part dans la direction de ces actes, autre chose est lui permettre d'y assister à titre de spectateur et d'auditeur muet ! Ce que nous réclamons, c'est le retour pur et simple au décret du 9 octobre 1789 ; c'est ce que préconisait déjà en 1824 M. Dupin lorsque, après avoir fait ressortir les beautés de cette législation, il écrivait : « Que la loi de 1789 avait pourvu au danger des suggestions, en disant que l'avocat aurait le droit d'être présent aux actes de l'instruction, sans y parler au nom de l'inculpé, ni lui suggérer ce qu'il doit dire ou répondre (déc. art. 18). »

Doit-on craindre que cet *avocat muet* empêche les témoins de parler ? Ce serait lui attribuer une puissance fascinatrice dont rien ne permet de croire qu'il soit doué ! Est-ce qu'à la Cour d'assises sa présence glace d'effroi ceux qui viennent y déposer ? Est-ce que cependant il ne leur suffit point, je ne dirai pas de rétracter, mais simplement de ne pas reproduire avec la même énergie les dépositions qu'ils ont faites dans l'instruction, pour démolir tout l'échafaudage des preuves ? Est-ce que cela leur arrive ? Oui, quelquefois, mais l'avocat n'y est pour rien ; en réalité, les dépositions de la Cour d'assises ne diffèrent de celles recueillies dans l'instruction que parce qu'elles sont publi-

ques et tout à fait libres, et parce que les premières ont été souvent mal rédigées.

Loin d'être un contrôle blessant pour le juge, l'avocat sera son puissant auxiliaire pour la découverte de la vérité : c'est la défense perpétuellement placée devant lui qui seule peut assurer l'impartialité de ses investigations. Bien souvent en effet, obéissant à une idée préconçue, le juge omet d'explorer avec le témoin les questions essentielles au point de vue de la défense. Le témoin intimidé se tait, refoule les objections qui se présentent à son esprit, et la réponse capitale s'arrête sur ses lèvres faute d'avoir été provoquée !

Eh bien ! l'avocat, tel que le comprend le décret de 1789, est là pour constater silencieusement que les dépositions des témoins ont été régulières et soigneusement scrutées tant dans le sens favorable à la défense que dans celui de l'accusation, pour constater qu'il n'y a eu dans l'interrogatoire aucune des pratiques déloyales interdites par la loi, et surtout pour chercher dans ces actes les éléments de sa défense et s'éclairer sur les mesures d'instruction à requérir. Et qu'on ne dise pas qu'il lui suffit de compulsier le dossier pour se rendre un compte exact de tout cela !

« Comment ! la loi (1) peut décider que l'avocat sera présent à toutes les recherches de la justice ; elle peut

(1) M. Leveillé, *Réf. de l'inst. crim.*, p. 14.

ordonner qu'il entendra les paroles mêmes tomber, énergiques ou hésitantes, de la bouche des témoins ou de la bouche de l'inculpé; et cette garantie incomparable d'un contrôle *de visu et auditu*, elle hésite à l'établir!... Elle croit avoir assez fait pour la défense, parce qu'elle livre au défenseur les procès-verbaux où sont écrites, froides et décolorées, les déclarations des témoins, les justifications des inculpés! L'avocat pourrait assister au drame de l'instruction, et on lui jette, pour qu'il le reconstitue par l'imagination, le compte rendu du drame! On pouvait organiser le contrôle vivant, et on organise je ne sais quelle autopsie de la procédure! »

Intérêts de la défense, qui ne peut être efficace qu'autant que le conseil, par une association intime aux actes de l'instruction, a été mis à même d'en suivre toutes les phases et d'apprécier ainsi la consistance de l'accusation; intérêts de l'instruction, qui ne peut demeurer claire et vraiment utile à la société qu'autant qu'elle reste dans la main à la fois ferme et prudente du magistrat, tout nous paraît exiger que le conseil puisse assister à l'interrogatoire et aux dépositions, mais que son rôle y soit borné à une attitude purement passive et silencieuse.

SECTION IX

DE LA CONSTATATION JUDICIAIRE

Le projet réglemeute avec soin toute cette matière que le Code de 1808 laisse complètement dans l'ombre.

L'art. 51 donne à l'inculpé le droit de requérir du juge d'instruction toutes les mesures qu'il croit utiles à la découverte de la vérité, et sur son refus, lequel doit être formulé par une ordonnance motivée, de saisir la chambre du conseil.

L'art. 52 est relatif au transport : « Dans tous les cas où le transport lui paraît nécessaire, le juge d'instruction se rend sur les lieux pour dresser les procès-verbaux à l'effet de constater le corps du délit, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des témoins. — Le transport peut avoir lieu sans l'inculpé. — Le procureur de la République et le conseil de l'inculpé peuvent y assister. »

Le projet du gouvernement imposait plus clairement l'obligation de n'associer au transport le procureur de la République, que si le conseil y assistait lui-même ou en avait été avisé. Dans des cas urgents, on se bornait à prévenir le conseil, sans attendre qu'il eût fait con-

naître sa détermination : en principe, on devait toujours lui donner le temps d'assister au transport.

L'art. 52 n'a pas reproduit cette application si sage du principe de la contradiction dans la procédure préparatoire : on n'est pas obligé de prévenir le conseil ; l'inculpé est également tenu à l'écart. Personne ne défendra ses intérêts dans cet acte de la procédure.

Cependant s'il s'agit de perquisitions (art. 55), comme la mesure est plus rigoureuse et qu'elle peut donner facilement lieu à des vexations complètement inutiles, l'inculpé est averti et doit en principe y être présent en personne ou par son fondé de pouvoir. Quant au conseil, il est traité comme dans le cas de transport : il est libre, s'il sait que la perquisition doit avoir lieu, d'y participer. Aucune notification directe n'est édictée à son profit.

Les expertises judiciaires ont donné lieu, sous le Code actuel, à de grands débats et aux plus violentes critiques. « Quelles que soient la science et la perspicacité des hommes auxquels cette opération est confiée, il y a toujours à craindre qu'entraînés dans une certaine voie, dirigés par une idée fixe ou dominés par un système scientifique exclusif, ils ne négligent quelques-uns des éléments qui doivent les conduire à la vérité. Or, dans le système actuel, l'erreur une fois commise est presque toujours irréparable. C'est longtemps après l'expertise que le rapport est connu de la défense et peut être discuté. Les objets expertisés ont

disparu ou n'existent plus. Nulle mesure ne doit cependant être entourée de plus de précautions, car elle forme souvent, dans les crimes les plus graves, la base même (1) de l'accusation. »

Le projet se préoccupe tout d'abord d'assurer chez les experts (art. 62 et 64) les conditions de probité et de science, qui seules peuvent donner quelque poids à leurs décisions, et leur mériter la confiance dont la justice ou l'inculpé les honore. Ceci fait, le projet établit un contrôle sérieux des opérations des experts désignés par le juge d'instruction.

Sauf dans les cas urgents, spécialement déterminés par une ordonnance motivée du juge, il doit être immédiatement donné avis à l'inculpé de toute expertise (art. 61) ordonnée par le juge, avant qu'elle soit commencée.

Dans les quarante-huit heures qui suivent cet avis, l'inculpé peut choisir un expert qui a le droit d'assister à toutes les opérations, d'adresser toutes réquisitions aux experts désignés par le juge, et qui consigne ses observations soit au pied du procès-verbal, soit à la suite du rapport (art. 62).

Il paraît bien résulter des textes et de la discussion que là se bornent les droits de l'inculpé; et que s'il n'agit pas conformément à ces dispositions, il n'aurait pas le droit, le rapport des experts désignés par le

(1) Rapp. de M. Le Royer, *Journ. off.*, 14 janv. 1880, p. 405.

juge une fois déposé, de réclamer une contre-expertise ou un supplément d'expertise.

Dans les cas urgents, le juge peut ordonner qu'il soit procédé de suite à l'expertise, sans avis préalable à l'inculpé. Mais alors celui-ci a le droit, après la communication du rapport, de choisir un expert qui examine le travail des experts commis et présente ses réquisitions et observations (art. 66).

SECTION X

DE LA CHAMBRE DU CONSEIL ET DES VOIES DE RECOURS

Nous devons nous borner ici à une revue sommaire et rapide des principales et nouvelles garanties que le projet établit en faveur de l'inculpé sous forme de voies de recours.

La chambre du conseil est rétablie, avec une compétence toute différente de celle qu'elle possédait avant 1856, et beaucoup plus étendue : « Dès l'instant qu'on rend la parole au prévenu, qu'on lui reconnaît le droit de solliciter des mesures d'instruction, de défendre ses intérêts pendant cette phase de la procédure, il faut prévoir que des conflits vont s'élever entre la poursuite et la défense ; il faut donc établir une juridiction chargée de statuer sur les recours auxquels donneront lieu les décisions prises par le juge. Cette juridiction doit être placée près de lui, de manière à trancher les décisions qui lui sont déférées sans déplacement de dossier, sans perte de temps, sans entraver la marche de l'instruction. Conférer cette fonction à la chambre des mises en accusation, c'est rendre illusoire le recours ouvert contre les ordonnances du juge d'instruction, puisque la moindre opposition entraîne un retard de plusieurs jours. La juridiction indiquée par la na-

ture des choses, c'est donc la chambre du conseil composée de trois juges, tribunal dans le ressort duquel s'instruit l'affaire (1). »

Pluralité des juges, ce qui est une garantie contre l'arbitraire ; impartialité des juges, puisque celui qui instruit le procès n'en est pas (art. 155), la chambre du conseil présente toute les garanties désirables d'une juridiction appelée à tenir compte à la fois de l'intérêt social et des droits de l'individu.

L'audience n'est pas publique ; le ministère public et le conseil de l'inculpé, celui de la partie civile, ont seuls le droit d'y assister, sauf dans le cas de l'art. 123, quand il s'agit d'un recours formé à l'occasion d'une ordonnance portant interdiction de communiquer ; ici la décision est rendue sur mémoires (art. 158).

La chambre du conseil a tout ensemble une compétence propre, et une compétence de recours contentieux.

C'est à elle que le prévenu, depuis le mandat d'amener jusqu'à l'ordonnance qui dessaisit le juge, adresse la requête à fin de mise en liberté provisoire (art. 126). C'est elle aussi qui fixe le cautionnement, dans le cas où elle estime qu'il y a lieu d'en exiger un (article 130). Dans ces deux hypothèses elle a une compétence propre.

Elle statue comme juridiction de recours contentieux

(1) Rapp. de M. Le Royer, *Journ. off.*, 15 janv. 1880, p. 326.

quand l'inculpé fait opposition à l'ordonnance qui prononce sa mise au secret (art. 123); à l'ordonnance portant refus de procéder à un acte d'instruction qu'il a requis (art. 51); à celle qui prolonge les effets du mandat de dépôt ou d'arrêt à une nouvelle période de temps (art. 109 et 118); à celle enfin qui refuse une confrontation (art. 143).

Dans la plupart des cas le jugement que rend la chambre du conseil est en dernier ressort.

Cependant quand il porte sur une question de liberté provisoire, il est susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel (art. 160).

C'est la chambre des mises en accusation qui est la juridiction d'appel. Elle a donc, elle aussi, des attributions personnelles et directes pour statuer sur la nature de la prévention si l'inculpé est renvoyé devant elle comme justiciable de la Cour d'assises; et des attributions contentieuses, comme juridiction supérieure, pour se prononcer sur la mise en liberté provisoire refusée par la chambre du conseil.

La chambre d'accusation a encore une mission plus grave, comme Cour d'appel. Le projet de loi reconnaît en effet que l'inculpé peut former appel contre l'ordonnance de clôture. C'est à la chambre d'accusation qu'il appartient d'en connaître :

Art. 171 : « L'inculpé peut interjeter appel des ordonnances de clôture dans les cas suivants :

1° Pour cause d'incompétence.

2° Si le fait n'est pas prévu et puni par la loi.

3° Si l'action publique est éteinte ou non recevable.

4° Si une nullité a été commise au cours de l'instruction. »

Notons qu'il ne peut se pourvoir contre l'ordonnance de clôture pour fausse appréciation des charges : « Tout en reconnaissant, dit le rapport, que le droit de l'inculpé n'est pas suffisamment sauvegardé par la discussion tardive à laquelle il peut se livrer devant la juridiction du fond, il eût été dangereux de lui laisser le droit d'appeler sans distinction et par des motifs de fait de toute ordonnance de clôture et de renvoi du juge d'instruction. Quelle que que fût la juridiction choisie pour connaître de cet appel, chambre du conseil ou des mises en accusation, on aurait abouti ainsi à rien moins qu'à entamer devant elle un débat contradictoire sur le fond même de l'affaire, débat qui doit être réservé à la juridiction de répression et entouré de publicité. Il a donc fallu réduire les cas d'appel du prévenu à certaines questions préjudicielles. Sans cette restriction, tout prévenu voudrait courir les chances d'une appréciation plus favorable de la Cour. La chambre des mises en accusation se verrait encombrée de recours dilatoires, et, forcée d'examiner au fond chaque affaire dans ses détails, ne pourrait le faire avec un soin nécessaire. Il y aurait d'ailleurs danger à gêner par une première décision émanée d'une juridiction supérieure, la liberté du tribunal de renvoi dans l'appré-

ciation des faits soumis à son juge. » La loi renferme donc avec raison dans la limite des quatre hypothèses que nous avons énumérées plus haut, le droit d'appel de l'inculpé.

CONCLUSION

Nous nous sommes demandé, dans la première partie de cette étude, quelles sont les mesures prises par le Code de 1808 pour garantir la liberté individuelle, prévenir les abus de pouvoir, assurer enfin les droits de la défense pendant l'instruction préparatoire. Nous avons estimé insuffisantes celles qu'il édicte dans ce but.

Le projet de réforme voté par le Sénat, qu'il nous reste à juger, appelle une critique analogue. Il est la reproduction, plus ou moins déguisée, mais au fond parfaitement exacte, des dispositions du Code de 1808, telles qu'elles sont appliquées et tempérées par la pratique.

Que fait-il d'abord pour la liberté individuelle ?

La détention préventive va-t-elle être imputée sur la durée de l'emprisonnement prononcé contre l'inculpé ?

Cette imputation est obligatoire d'après les Codes de Hongrie (C. p., art 94), de Saxe (art. 30), de Bavière (art. 83), de Wurtemberg (art. 114) ; elle l'est aussi dans certains cas et sous certaines conditions d'après la loi belge (1) ; elle va le devenir en Italie (Proj. de C.

(1) Code pén. 1867, art. 30 et loi 15 av. 1879, art. 13.

pén., art. 55). En revanche le Code pénal danois (article 7), la loi du Pérou (20 décembre 1878, art. 4) l'ont établie à titre facultatif.

Le projet de loi ne parle nullement de l'introduire en France.

— Est-il question d'accorder une indemnité aux inculpés, détenus préventivement, qui sont plus tard déchargés des poursuites et dont la complète innocence a été judiciairement reconnue ; par exemple à ceux qui font, par un pourvoi en revision, casser l'arrêt qui les condamne ? Pas davantage.

Les difficultés d'application que soulève cette théorie ; la crainte de créer à côté des acquittements avec innocence reconnue, une masse d'acquittements purs et simples, plaçant les inculpés dans une situation intermédiaire entre la culpabilité et l'innocence, et constituant par le fait une sorte de déni de justice, ont empêché jusqu'à présent de réaliser ce progrès. Cependant (1) un grand mouvement d'opinion se produit en sa faveur, et les faits démontrent qu'il n'est point impraticable.

L'indemnité existe en effet dans plusieurs pays : dans le canton de Berne et en (2) Portugal ; l'Allema-

(1) Merlin, *Répert. v. Répar. civile*; Legraverend, *Législ. crim.*, t. I; F. Hélie, *Théor. du Code pénal*; Bonneville de Marsangy, *Amélior. de la loi crim.*, I^{re} partie, chap. xx et xxi.

(2) Même disposit. dans le Code pénal des Deux-Siciles, chap. vi, art. 5.

gne la (1) discute, et le gouvernement propose de l'adopter en Autriche.

— Pas un mot non plus du droit à la liberté provisoire en faveur des prévenus de délits correctionnels. Ce droit demeure, comme aujourd'hui, restreint à un petit nombre de cas très rares ; et en thèse générale l'élargissement reste facultatif pour le juge.

Le projet se borne à investir la chambre des mises en accusation du droit de laisser ou de mettre en liberté, jusqu'à la veille de leur comparution devant la Cour d'assises, les accusés qu'elle en déclare justiciables. Croit-on que le chiffre des détentions préventives va diminuer sensiblement, par l'application de cette mesure ? Ce serait une erreur. Les accusés qui en bénéficieront ne seront guère plus nombreux que ceux vis-à-vis desquels actuellement le procureur général, d'office et sous sa responsabilité personnelle, s'abstient provisoirement d'exécuter l'ordonnance de prise de corps qui accompagne l'arrêt de renvoi.

Le régime en vigueur aujourd'hui sur les détentions préalables et les mises en liberté va donc persister. La loi nouvelle n'y change rien.

Voilà pour la liberté individuelle. Passons aux droits de la défense.

Ici, malgré la contrariété apparente des textes et des principes, le projet n'est que l'imitation fidèle du

(1) Journ. *La France*, 8 déc. 1882.

Code de 1808 : l'identité des résultats n'est pas douteuse.

Sous le Code la procédure préparatoire est secrète. Le projet s'entend avec lui pour écarter la publicité.

Le Code interdit à l'inculpé de se faire assister d'un conseil pendant l'information. En fait, dans beaucoup d'affaires, le juge d'instruction et le parquet autorisent gracieusement les communications personnelles avec un avocat quand l'inculpé les sollicite.

Le projet donne un conseil à l'inculpé dès le début de l'information. Mais le juge est le maître d'empêcher tout rapport entre eux par une interdiction de communiquer, qui est susceptible de s'étendre à la période entière de l'information. Il arrivera donc, avec la nouvelle loi, comme aujourd'hui, que les inculpés pourront être privés de conseil, pendant la procédure préparatoire : tout y dépend de la bonne volonté du magistrat qui la dirige.

Le Code n'impose pas au juge l'obligation de mettre l'inculpé au courant des progrès de l'instruction : aucun texte n'exige qu'il soit averti des charges successives recueillies contre lui. En pratique, les magistrats, au lieu de tenir l'inculpé dans une ignorance absolue de la marche du procès, la lui font connaître loyalement au cours des interrogatoires et ne manquent pas de lui faire les révélations, qui leur paraissent compatibles avec la sûreté publique.

Le projet veut que l'inculpé et son conseil soient

intimement associés à l'instruction par des communications orales et écrites, émanant du juge. A l'inculpé, le magistrat doit un résumé clair et précis des pièces et de l'état de la procédure, au commencement de chacun des interrogatoires ; au conseil, à la veille de ces mêmes interrogatoires, communication des pièces. Eh bien ! il peut se soustraire à toutes ces formalités ou les rendre tout à fait illusoires : il lui suffit, pour cela, de rejeter l'interrogatoire dans les derniers moments de l'instruction, à une époque où son opinion sur la prévention étant formée, les communications orales ou écrites cessent d'avoir grand intérêt pour la défense. Le juge peut encore ne procéder qu'à des confrontations, à l'occasion desquelles aucun résumé oral ne lui est prescrit ; et où les communications de pièces à faire sont loin de présenter la même importance et la même utilité que celles qui précèdent les interrogatoires.

On le voit : les droits que le projet confère à la défense, il appartient au juge de les paralyser, et la situation ne change pas : ce que le Code refuse à l'inculpé, le juge aujourd'hui le lui donne librement ; ce que la loi nouvelle lui accorde lui sera enlevé par le juge. En face du magistrat le projet prétend organiser un contrôle consistant dans l'intervention d'un avocat et dans l'association de l'inculpé à la marche de la procédure ; mais tout cela reste à la discrétion du juge : « le contrôle (1) existera, si le contrôlé le veut bien ! »

(1) M. Leveillé, *Réf. de l'inst. crim.*, p. 27.

C'est la condamnation même du projet. La réforme ne peut être efficace qu'autant qu'elle armera l'inculpé de droits fermes, absolus, incontestables, à l'abri de tout arbitraire. Ce qu'il nous faut, c'est le retour pur et simple aux principes posés en cette matière par l'Assemblée constituante, dans le décret d'octobre 1789 : publicité, contrôle, garantie, tout y est harmonieusement combiné pour protéger les droits sacrés de la défense, sans porter atteinte aux intérêts non moins respectables de la société. Puisse le Parlement, s'attachant sans réserve à cette admirable loi, accomplir sans retard et d'une façon complète, la réforme de jour en jour plus urgente, de notre instruction préparatoire !

C'est notre vœu ardent, et nous ne pouvons mieux terminer ce travail qu'en rappelant les éloquents paroles par lesquelles Jules Favre, en 1864, adjurait le Corps législatif, d'asseoir enfin sur de bonnes lois criminelles nos libertés publiques :

« Il se peut que nous soyons divisés sur les questions de politique : mais lorsqu'il s'agit de fortifier ce qui fait la prospérité, la dignité et l'avenir de notre pays, nous n'avons tous qu'un cœur et qu'une âme. Et quelle est la question qui pourrait davantage nous réunir ?

« N'est-il pas certain qu'une société n'est forte, n'est grande, n'est glorieuse qu'à la condition d'être juste ? Ah ! elle peut s'enorgueillir des miracles de sa civilisation et des prodiges de son industrie : mais si

elle laisse se glisser dans son cœur le germe d'un attentat porté à la dignité de la créature humaine et à la liberté individuelle, soyez sûrs qu'elle contient en elle-même un principe de mort! C'est aux législateurs, c'est aux hommes d'Etat, c'est aux philosophes d'y veiller, et j'espère que ces considérations ne seront pas sans quelque fruit (1). »

(1) J. Favre, disc. du 11 mai 1864.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La *bonorum cessio* était réservée aux débiteurs malheureux et de bonne foi.

II. L'effet du décret prononçant l'envoi en possession s'étendait à tous les biens composant le patrimoine du débiteur, quoique situés en des ressorts judiciaires différents.

III. La demande d'envoi en possession ne supposait pas dans tous les cas une *causæ cognitio*.

IV. La contradiction qui existe entre la loi 6 pr. Dig., liv. XLII, 4, et la loi 14, § 2, Dig., liv. XLII, 4, s'explique par une mutilation des textes.

V. Le curateur et le *magister* étaient deux personnes distinctes.

VI. Il n'y a aucune contradiction entre la loi 25, § 7, Dig., liv. XLII, 8, et le § 155, Comm. II des Institutes de Gaius.

DROIT CIVIL

I. Le ministère public a qualité pour requérir la rectification d'un acte de l'état civil contenant des titres nobiliaires indûment portés par les déclarants ou par les parties.

II. L'art. 337 du Code civil est applicable à la reconnaissance judiciaire d'un enfant naturel.

III. La reconnaissance d'un enfant naturel faite par testament n'est pas irrévocable.

IV. Les tribunaux n'ont pas un pouvoir discrétionnaire pour déclarer illégitime l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage.

V. Le droit de retour de l'ascendant donateur ne peut pas s'exercer sur l'immeuble acquis en échange de l'immeuble donné.

VI. La justice peut, en vertu de l'art. 1558 du Code civil, autoriser l'aliénation de la dot pour procurer au mari la mise en liberté provisoire sous caution.

VII. L'action en revendication n'est pas prescriptible.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Le pouvoir judiciaire ne constitue pas un pouvoir distinct dans l'État : il est une branche autonome du pouvoir exécutif.

II. Le refus opposé à la demande en autorisation de poursuite formée par le procureur général contre un membre de l'une des deux Chambres, n'interrompt pas le cours de la prescription.

III. La Constitution de 1875 ne peut être révisée par l'Assemblée nationale que sur les points qui ont été désignés lors du vote séparé des deux Chambres.

IV. Toutefois si l'Assemblée nationale prétend réviser la Constitution sur des points qui ne conviennent pas à la majorité des membres du Sénat, le président de la République ne peut pas, de concert avec le Sénat, dissoudre le Corps législatif et, par suite, le Congrès lui-même.

DROIT CRIMINEL

I. L'inculpé ne peut pas attaquer les mandats décernés contre lui.

II. Le ministère public a le droit de former opposition à l'ordonnance du juge d'instruction portant refus de décerner un mandat d'arrêt ou de dépôt.

III. Les mandats d'arrestation ne donnent pas aux agents chargés de leur exécution le droit de pénétrer de nuit dans le domicile de l'inculpé.

IV. L'inculpé peut attaquer l'ordonnance du juge d'instruction qui lui accorde la liberté provisoire, mais fixe en même temps un cautionnement trop élevé pour lui.

V. La chambre des mises en accusation, quand elle renvoie devant la Cour d'assises, et plus tard la Cour d'assises, n'ont pas le droit de mettre l'inculpé en état de liberté provisoire.

VI. L'ecclésiastique qui a commis dans l'exercice de ses fonctions une infraction à la loi pénale, peut être traduit devant l'autorité judiciaire sans qu'il soit besoin au préalable de recourir pour abus au Conseil d'Etat.

VII. L'excuse tirée de la provocation peut être invoquée par celui qui a violenté un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

VIII. Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruc-

tion ne peut pas déléguer à un juge de paix de son arrondissement le droit de procéder à une visite domiciliaire.

DROIT INTERNATIONAL

I. Les tribunaux français doivent déclarer nulle comme ayant une cause illicite une société faite entre Français, pour la contrebande en fraude de la douane d'un pays étranger.

II. Les Alsaciens-Lorrains devenus Allemands, ne peuvent pas recouvrer la qualité de Français en invoquant l'art. 18 du Code civil. Ils sont obligés de remplir les formalités imposées aux étrangers pour obtenir la naturalisation.

Vu par le doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse,

J. LEVEILLÉ.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
Préliminaires.	5
CHAPITRE I ^{er} . <i>Missio in possessionem</i>	15
SECTION I ^{re} . Dans quels cas elle a lieu	15
SECTION II. Comment elle s'obtient.	25
SECTION III. Qui peut la demander. Qui en profite.	32
SECTION IV. Des biens sur lesquels elle porte. . .	35
SECTION V. Avantages qu'elle donne aux créan- ciers	39
SECTION VI. Administration des biens	50
SECTION VII. Comment elle finit	57
CHAPITRE II. Vente des biens.	61
SECTION I ^{re} . Dans quels cas elle a lieu	61
SECTION II. Sa procédure	65
SECTION III. Des effets.	70
Appendice. — <i>Distractio bonorum</i>	87

DROIT CRIMINEL

Préliminaires	5
-------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

CODE DE 1808

CHAPITRE PREMIER

DE L'ARRESTATION

SECTION I ^{re} . <i>Des mandats</i>	11
§ 1. But et caractères généraux des mandats. . .	11
§ 2. Des mandats de comparution et d'amener. .	15
§ 3. Des mandats de dépôt et d'arrêt	25
§ 4. Voies de recours ouvertes à l'inculpé contre les mandats	35
§ 5. Exécution des mandats	38
§ 6. Mainlevée des mandats	49
SECTION II. <i>De l'interdiction de communiquer.</i> . . .	55
§ 1. But et historique	55
§ 2. Légitimité de cette interdiction.	61

SECTION III. <i>De la liberté provisoire.</i>	67
§ 1. Utilité de la liberté provisoire.	67
§ 2. Historique de cette institution.	69
§ 3. Organisation de la liberté provisoire dans le Code de 1808.	73
§ 4. Loi du 14 juillet 1865.	83
§ 5. Du cautionnement.	97
§ 6. Juridictions compétentes pour accorder la li- berté provisoire.	100
§ 7. Voies de recours ouvertes à l'inculpé en ma- tière de liberté provisoire.	104
§ 8. Critique de la loi de 1865.	109

CHAPITRE II

ACTES ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'INSTRUCTION

SECTION I ^{re} . <i>De l'interrogatoire et de l'aveu.</i>	113
§ 1. Historique.	113
§ 2. Date de l'interrogatoire	115
§ 3. Formes de l'interrogatoire	117
§ 4. Devoirs du juge en cette matière.	121
§ 5. Légitimité de l'interrogatoire	125
SECTION II. <i>Des garanties données à l'inculpé dans les actes de l'instruction.</i>	128
SECTION III. <i>Voies de recours ouvertes contre les ordon- nances de clôture.</i>	141

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Idées générales	145
---------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

PREMIER GROUPE DE LÉGISLATIONS

SECTION I ^{re} . <i>Angleterre</i>	148
§ 1. De l'arrestation.	148
§ 2. Détention préventive et liberté provisoire . .	151
§ 3. Mesures prises pour protéger la liberté individuelle.	157
§ 4. Actes de l'instruction.	160
§ 5. Du ministère public	165
§ 6. Appendice : De l'Ecosse	168
SECTION II. <i>Etats-Unis d'Amérique</i>	170
§ 1. Arrestation et détention préventive	170
§ 2. Actes et caractères de l'instruction	171

CHAPITRE II

DEUXIÈME GROUPE DE LÉGISLATIONS

SECTION I ^{re} . <i>Allemagne</i>	173
§ 1. Arrestation et détention préventive	175
§ 2. De la liberté provisoire	178
§ 3. Organisation des droits de la défense. . . .	180
SECTION II. <i>Autriche</i>	184
§ 1. De l'arrestation et des mandats.	185
§ 2. Détention préventive et liberté provisoire . .	187
§ 3. Actes et caractères généraux de l'instruction.	190
§ 4. De l'interrogatoire.	193

SECTION III. <i>Belgique</i>	196
§ 1. Mandats et arrestation	197
§ 2. De la liberté provisoire	202
§ 3. Caractères généraux de l'instruction.	205
SECTION IV. <i>Russie</i>	206

CHAPITRE III

TROISIÈME GROUPE DE LÉGISLATIONS

SECTION I ^{re} . <i>Italie</i>	210
§ 1. Délivrance des mandats	210
§ 2. Confirmation et révocation des mandats.	212
§ 3. Liberté provisoire	214
§ 4. Caractères généraux de l'instruction.	216
SECTION II. <i>Suisse</i>	219
§ 1. Canton de Genève.	219
§ 2. Canton de Vaud.	222
§ 3. Canton de Valais	224
§ 4. Canton de Neuchâtel.	227
SECTION III. <i>Japon</i>	229

TROISIÈME PARTIE

PROJET DE LOI VOTÉ PAR LE SÉNAT

SECTION I ^{re} . <i>Historique.</i>	233
SECTION II. <i>Esprit du projet.</i>	239
SECTION III. <i>Des mandats</i>	245

SECTION IV. <i>De la détention préventive et de l'interdiction de communiquer.</i>	250
SECTION V. <i>De la liberté provisoire.</i>	257
SECTION VI. <i>De l'interrogatoire et de l'aveu.</i>	262
SECTION VII. <i>De la publicité dans l'instruction préparatoire.</i>	266
§ 1. Publicité vis-à-vis de l'inculpé.	266
§ 2. Publicité vis-à-vis de l'auditoire	269
SECTION VIII. <i>Du conseil de l'inculpé.</i>	276
§ 1. Légitimité de l'intervention du conseil	276
§ 2. A quel moment le conseil doit-il intervenir. .	281
§ 3. Rôle et attributions du conseil.	283
SECTION IX. <i>De la constatation judiciaire.</i>	293
SECTION X. <i>De la chambre du conseil et des voies de recours.</i>	297
Conclusion.	302

